

CC.OO. - ASCI - USO ELA/STV; Caja Postal (22.9.94): CC.OO. - UGT - CSIF; Ministerio Economía y Hacienda (14.10.94): UGT - CC. OO. - CSI/CSIF - CGT; Secretaría General Comunicaciones (18.10.94): UGT - CC. OO. CSIF - ELA/STV; Repsol Comercial (5.11.94): UGT - CC.OO.- CTI; Aviaco (tripulantes cabina) (22.11.94): SITCPLA -- UGT - CC.OO.; La Unión Española Explosivos, S.A. (6.1.95):UGT - CC.OO. ELA/STV; Repsol Petróleos, S.A. (1.2.95): CC.OO. - UGT - CTI; Grupo Zurich (9.2.95): CC.OO. - COP - UGT - USO - CIG; Ministerio Comercio y Turismo (19.4.95): UGT - CC.OO. - CSI/CSIF; Compañía Roca Radiadores, S.A. (31.5.95): UGT - CC.OO. - COP; Ministerio Trabajo, INEM, FOGASA, INFES (8.6.95): CC.OO. - UGT - USO; Ministerio Interior (19.6.95): CC.OO. - UGT - CSIF; Agencia Estatal Administración Tributaria (26.6.95): CC.OO. - CSI/CSIF UGT - CGT; Ministerio Asuntos Sociales (21.7.95): CSI/CSIF CC.OO. - UGT - USO; Enagás, S.A. (1.8.95): UGT - CC.OO. - CI; Administración de Justicia (10.8.95): CC.OO. - UGT - CSIF; INSERSO (23.8.95): CC.OO. - UGT - CSI/CSIF; Caja Ahorros de Navarra (2.9.95): UGT - CC.OO. - LAB; Repsol Química, S.A. (20.10.95): UGT - CC.OO. - CC - USO; Administración Seguridad Social (30.11.95): CC.OO. - UGT - USO - CSI/CSIF - CIG; Ferrocarriles Vía Estrecha (14.12.95): UGT - CC.OO. - AFI; Parque Móvil Ministerial (14.12.95): UGT - USO - CC.OO.

e) Convenios negociados por sindicatos que no son más representativos a nivel nacional:

1986: ONLAE (17.6): Asociación de Trabajadores de las Delegaciones Territoriales de ONLAE; Iberia (pilotos): SEPLA.

1990-1991: Binter Canarias (pilotos) (17.3.90): SEPLA; Iberia (tripulantes cabina) (16.1.91): SEOTV, Iberia (pilotos) (8.5.91): SEPLA; Aviaco (pilotos) (9.7.91): SEPLA.

1992-1993: ONLAE (17.1.92): Asociación de Trabajadores de las Delegaciones Territoriales de ONLAE; Spanair (tripulantes vuelo) (4.5.92): SEPLA; Binter Mediterráneo (pilotos) (11.6.92) : SEPLA.

1994-1995: Iberia Líneas Aéreas (tripulantes técnicos) (23.2.94): Sindicato Español Oficiales Técnicos de Vuelo; Iberia Líneas Aéreas (pilotos) (1.3.94): SEPLA; Delegaciones territoriales ONLAE (5.3.94): Asociación Trabajadores Direcciones territoriales ONLAE; Aviaco (pilotos) (3.1.95): SEPLA; Air España, S.A. (pilotos) (28.2.95): SEPLA; C & A (14.3.95): FETICO; Helicisa (pilotos) (7.4.95): SEPLA; Iberia Líneas Aéreas (tripulantes técnicos a bordo) (5.10.95): Sindicato Español Oficiales Técnicos de Vuelo.

PÚBLICO Y PRIVADO EN EL MERCADO DE TRABAJO DE LOS NOVENTA (1)

POR MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO*

Excmo. Sr. Presidente de la Junta de Andalucía, Excmo. Sra. Consejera de Educación y Ciencia, Excmo. y Magnífico Sr. Presidente de la Comisión Gestora de la Universidad de Huelva, Excmas. e Ilmas. Autoridades Compañeros Universitarios, Sras. y Sres.:

Hablar de cuestiones técnicas a un público lego en la materia de referencia obliga a buscar perspectivas que permitan captar la atención del oyente. Una de las opciones para ello es realizar un análisis superficial de la materia elegida, lo que como investigador me resisto. Una segunda posibilidad, que considero más acertada, es la búsqueda de un tema cuya actualidad atraiga el interés del público en general, incluso sin sacrificar el rigor o la profundidad en su estudio.

En el Derecho del Trabajo hablar de temas de actualidad es siempre averiguado. La importancia del trabajo asalariado, la mutabilidad del sistema de relaciones laborales, y la necesidad de una reacción normativa que adapte su marco jurídico a las nuevas situaciones, imponen un ritmo de cambios normativos que hace que continuamente nos enfrentemos a nuevas normas laborales. Esto produce el peligro, común en el Derecho, de distraer al investigador del estudio de las grandes líneas u orientaciones de esta rama del Derecho, haciéndole perder la perspectiva y limitándolo al papel de comentarista o glosador de los últimos cambios legales. Ya decía Montaigne de su tiempo que «todo hombre miguea de comentaristas; de autores, hay gran carestía».

El peligro de centrarnos excesivamente en lo inmediato presenta, sin embargo, una nueva dimensión en el momento presente, en el que el Derecho del Trabajo se enfrenta a una transformación histórica, con una reforma de las piezas básicas de la legislación laboral de un contenido y alcance que llega a convulsionar los propios pilares de la disciplina. La reciente reforma de las leyes laborales iniciada a finales de 1993, y continuada a mediados del presente año van mucho más allá del mero cambio normativo, para incidir en principios y formas de entender el Derecho que se consideraban intrínsecos al propio Derecho del Trabajo.

Lo importante y reciente de las reformas producidas justifica, y casi impone, que cualquier estudio laboral se refiera a eso que se ha venido denominando

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad Carlos III. Madrid).

(1) Este estudio reproduce el texto de la lección inaugural del curso académico 1994-95 en la Universidad de Huelva, que fue desarrollada el día 5 de octubre de 1994 en el salón de actos del Campus del Carmen. Una versión más extensa del mismo ha sido publicada, con el mismo título, por el Servicio de Publicaciones de

do, de manera más o menos impropia, la «reforma del mercado de trabajo», o al menos a alguno de los muchos aspectos afectados por ésta. De ahí que la elección del tema para esta lección viniera prácticamente impuesta por los acontecimientos.

De todos los aspectos de la reforma del mercado de trabajo me ceñiré a uno de ellos, que considero de particular importancia y significado: las fases anteriores a la celebración de contratos de trabajo, esto es, a los distintos actos jurídicos tendientes a favorecer el encuentro de la oferta y demanda de trabajo para la celebración de acuerdos de intercambio de trabajo por su retribución.

Analizar marcos jurídicos de nueva creación presenta el inconveniente de la falta de una base jurisprudencial y doctrinal adecuada sobre la que trabajar. Ello obliga a ampliar las perspectivas de estudio, para buscar elementos que permitan valorar esta realidad. Yo propongo tres criterios para evaluar este aspecto de la reciente reforma del mercado de trabajo:

- En primer lugar, la adecuación del nuevo régimen jurídico al marco internacional en esta materia, pues en ella existen importantes condicionantes derivados de la pertenencia de España a distintas organizaciones internacionales;
- en segundo lugar, el grado de novedad que supone la reforma; esto es, hasta qué punto, y en qué manera, altera la situación normativa anteriormente vigente;
- en tercer lugar, la relación entre los fines pretendidos con la reforma y los medios articulados para ello, determinando la adecuación de los instrumentos jurídicos utilizados.

* * *

El punto de partida de mi estudio debe ser necesariamente el mercado de trabajo, entendido éste desde un punto de vista económico como la concurrencia de oferta y demanda de trabajo en un momento dado; esto es, la confluencia de las personas que acuden al mercado a ofrecer sus servicios personales, estando dispuestos a someterse al poder de dirección de otro, y de los sujetos, personas o empresas, que necesitan de mano de obra, y están dispuestos a contratarla a cambio de una remuneración. En sus últimos términos, en el mercado de trabajo existirían dos sujetos naturales, trabajadores y empresarios, que concurrirían en él para ofrecer sus servicios los primeros, y para contratar éstos los segundos; el encuentro de ambos sujetos lleva eventualmente a la celebración de acuerdos que se formalizan a través de contratos de trabajo, sometidos a las normas del Derecho del Trabajo.

La importancia de este mercado en las economías contemporáneas está, creo, fuera de toda duda. El trabajo asalariado se ha generalizado hasta convertirse en la principal fuente de ingreso para las economías domésticas; de las posibilidades de que las personas dependientes de las rentas de su trabajo encuentren una ocupación adecuada a sus características y necesidades dependerá en gran parte su bienestar y su propia supervivencia. Y la disponibilidad de mano de obra de las características adecuadas y en las cantidades necesarias

determina directamente la capacidad productiva y la competitividad de las empresas, hasta el punto de que Robert Reich, secretario de trabajo del Presidente Clinton, haya afirmado en un reciente libro de enorme resonancia que la verdadera riqueza de las naciones está en la calidad de su fuerza de trabajo. De un correcto funcionamiento de su mercado de trabajo, que permita satisfacer las demandas de las empresas y alcanzar niveles aceptables de empleo, dependerá en gran medida el bienestar de una sociedad.

El mercado de trabajo no es sólo un elemento central de las economías contemporáneas, sino que es también un mercado que, por sus dimensiones y por las peculiaridades de su objeto de transacción, presenta un funcionamiento irregular o insuficiente de sus mecanismos naturales de regulación. De ahí que este mercado no pueda funcionar por sí mismo a unos niveles de eficiencia adecuados, teniendo en cuenta su importancia social; de ahí que el mercado de trabajo sea un candidato natural a la existencia de intermediarios que faciliten la celebración de acuerdos.

La realidad demuestra lo acertado de esta afirmación. Prácticamente coincidiendo con los inicios de la generalización del trabajo asalariado en el sistema de producción establecido con la Revolución Industrial fueron surgiendo distintos mecanismos de intervención en el mercado de trabajo. La necesidad de estos mecanismos de intervención determinó su aparición; el valor económico de sus servicios llamó a la iniciativa privada en esta actividad; su importancia social, y los efectos negativos de la intervención privada, hicieron lo propio con la pública.

La intervención en el mercado de trabajo supone la introducción de otros sujetos, amén de los demandantes y ofertantes de trabajo, cuya función no es la concurrir con ellos en esta oferta y demanda, sino contribuir a la celebración de acuerdos entre éstos. Esta intervención puede producirse a través de múltiples formas; dos son, sin embargo, los modelos de intervención que se han generalizado en las economías occidentales, hasta ocupar un papel central en el funcionamiento del mercado de trabajo.

En una primera modalidad, los sujetos que colaboran en la contratación reúnen la información disponible sobre ofertas y demandas de trabajo, y a través de un proceso de selección, ponen en contacto a demandantes adecuados para un determinado puesto de trabajo con su ofertante; en términos jurídicos, median entre las partes para facilitar la celebración de contratos de trabajo. Se trata de la *actividad de colocación o de mediación en el mercado de trabajo*.

En una segunda modalidad de intervención se produce la entrada de sujetos en el mercado de trabajo que van a tener un papel mucho más incisivo, actuando a la vez como ofertantes y demandantes de trabajo. La actividad de estos sujetos consiste en la contratación de trabajadores (con lo que actúan como demandantes de mano de obra) para suministrarlos a otras empresas necesitadas de los servicios de éstos (actuando entonces como oferta de mano de obra). Es la *actividad de préstamo de mano de obra*.

Ambas actividades presentan indudables puntos en común: en ambos casos

cuyos servicios satisfacen las necesidades de mano de obra de las empresas, y de empleo de los trabajadores. Además, estas dos actividades, en mayor o menor medida, van a servir de mecanismos de regulación del mercado trabajo, facilitando su funcionamiento fluido y equilibrado. En tercer lugar, las dos son actividades con un claro contenido económico, y que pueden convertirse en el objeto de empresas actuando con ánimo de lucro.

Igualmente fuera de toda duda están las diferencias entre estas dos actividades. La mediación es una actividad prácticamente necesaria para el funcionamiento del mercado de trabajo, cuya existencia es indispensable para que éste pueda operar con la suficiente fluidez. El suministro de mano de obra tiene como ámbito natural de actuación determinadas demandas de mano de obra, de carácter urgente o temporal, y colectivos de trabajadores también determinados; no en vano su aparición como tal actividad ha sido mucho más tardía, y no se ha extendido a la totalidad de las economías desarrolladas.

Desde un punto de vista jurídico las diferencias son aún más claras: los sujetos que gestionan la colocación de trabajadores permanecen al margen del eventual contrato de trabajo que se establezca entre el trabajador y el empresario puestos en contacto; mientras que las empresas de trabajo temporal contratan directamente a los trabajadores, y ofrecen sus servicios a empresas clientes, que en ningún caso van a vincularse jurídicamente con los trabajadores cuyos servicios utilizan. En el primer caso se establece una relación laboral ordinaria, puramente bilateral, mientras que en el segundo la relación laboral se articula trilateralmente, con un trabajador vinculado jurídicamente con un sujeto, y prestando sus servicios para otro.

Estas dos formas de organización pueden organizarse en múltiples maneras: puede tratarse de sujetos privados, bien como empresas dedicadas profesionalmente a esta actividad, bien otros sujetos interesados en el funcionamiento del mercado de trabajo; o puede tratarse de sujetos públicos, a través de distintas formas de organización. Desde otra perspectiva, estos sujetos pueden actuar en un mercado abierto, compitiendo con otros mediante la oferta y cobro de sus servicios, o bien existir un único sujeto actuando en régimen de monopolio. Desde el punto de vista de la finalidad de su actividad, por último, estas empresas pueden actuar con una finalidad lucrativa, obteniendo un beneficio de los servicios que prestan a trabajadores y empresarios; o bien sin ánimo de lucro, bastando con el mejor funcionamiento del mercado para justificar los costes derivados del desarrollo de su actividad.

Todas estas dimensiones se combinan en la práctica, dando lugar a múltiples variantes; varían sustancialmente, en general, las soluciones adoptadas para la colocación y para el prestamismo laboral, con papeles muy diferentes para la iniciativa pública y la privada. En cuanto a la actividad de colocación, el papel predominante es de la iniciativa pública, por lo general a través de la creación de servicios públicos de empleo, que operan de forma gratuita a un nivel nacional; la iniciativa privada es limitada en diversas maneras. En general, lo público y no lucrativo prima en la actividad de colocación, aún sin excluir otras soluciones alternativas.

En el prestamismo laboral la situación es muy distinta: el papel principal lo ocupa la iniciativa privada, que crea empresas de trabajo temporal (ETT) que compiten entre sí por los potenciales clientes en un mercado propio, con una finalidad marcadamente lucrativa; no ha sido hasta muy recientemente que se han creado ETT públicas.

Las diferencias en el reparto de papeles entre ambas iniciativas en una y otra actividad responden a la diferente importancia de cada una de cara al funcionamiento del mercado de trabajo, y de la propia experiencia histórica de cada sistema laboral. Respecto de la actividad de colocación, en sistemas económicos en los que el trabajo es, como tan sabiamente lo ha expresado Alonso Olea, un bien escaso, se considera que éste es demasiado importante o valioso como para dejarlo en manos de la iniciativa privada, siendo la pública, si no tan eficiente, al menos mucho más equitativa en su gestión y reparto.

En el prestamismo laboral, por el contrario, nunca se ha planteado realmente la necesidad de una intervención pública efectiva; de ahí que haya sido un terreno prácticamente dejado a la iniciativa privada, creándose un mercado competitivo para las ETT. En todo caso, siempre han existido recelos hacia esta actividad; como consecuencia de ello las ETT se ha movido siempre en un marco legal rígido, sometidos a fuertes controles administrativos, y ocupando un nicho bien delimitado del mercado de trabajo.

* * *

Existe, además, un condicionante mucho más sutil, que opera en general respecto de cualquier actividad en el mercado de trabajo. Se trata de la valoración del trabajo humano como algo íntimamente relacionado con la persona que lo presta, que no puede ser tratado como una mercancía; de ahí que no sea moralmente admisible lucrarse con el trabajo ajeno (Carnelutti, 1965), cuando no a costa de él. Una cierta idea de «moralización del mercado de trabajo» está en la base de muchas de estas limitaciones a la iniciativa privada.

Como señalé antes, ésta es una de las áreas del Derecho del Trabajo en la que mayores condicionantes internacionales existen para los gobiernos nacionales. En el caso español, estas obligaciones se derivan tanto de la ratificación por nuestro gobierno de distintos textos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como de nuestra pertenencia a la Unión Europea. De ahí que el primer criterio de evaluación de la reforma que utilizaré será el de su adecuación a estos condicionantes internacionales.

La actividad normativa de la O.I.T. en esta materia se ha guiado por dos parámetros básicos bien definidos: de un lado, proteger a los trabajadores contra la explotación que puede producir la existencia y actuación de intermediarios privados en el mercado de trabajo, intermediarios que operarían con una finalidad lucrativa y con una visión empresarial de su actividad; de otro, garantizar el papel del Estado en este mercado, asumiendo las responsabilidades que le corresponden y desempeñando, en general, un papel activo en él; todo ello, por supuesto, en relación con el principio general de esta organización.

blecido ya en el artículo 427 del Tratado de Versalles que la creó, según el cual «el principio fundamental del Derecho del Trabajo consiste en que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio».

Siguiendo estos dos parámetros, se ha desarrollado una importante normativa internacional en este campo, que ha seguido dos direcciones fundamentales: en primer lugar, y en relación con el papel del Estado en el mercado de trabajo, *se ha impuesto la creación y mantenimiento de un servicio público de empleo*. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la intervención de sujetos privados, *se ha intentado erradicar de este mercado la actividad de mediación lucrativa*; esta limitación no es, sin embargo, absoluta: se permite en determinados sectores y circunstancias, y se distingue según ésta sea lucrativa o no. para España, como firmante de la parte II del Convenio nº96, existe la obligación de suprimir las agencias privadas de colocación con finalidad lucrativa, pudiendo admitir las demás si las somete a ciertos controles.

Toda esta producción normativa se ocupa en exclusiva de la actividad de colocación, sin que se haga en ningún momento mención expresa alguna a la actividad de préstamo de mano de obra. La única postura oficial de la OIT sobre esta actividad se limita a entender aplicable el Convenio nº96 a las ETT, con lo que el trabajo temporal quedaría sometido al mismo régimen que la colocación. La validez y los efectos de esta posición de la OIT es bastante discutible, toda vez que su única fuente es un Dictamen del Director General de esta organización, Dictamen que no constituye una interpretación auténtica del Convenio, ya que ésta solo le corresponde al Tribunal Internacional de Justicia; y que no ha sido seguido por los Estados miembros de la OIT. Creo que lo más acertado es partir de que la O.I.T. no ha adoptado decisión alguna respecto de esta actividad, que se mantiene al margen del Derecho Internacional del Trabajo.

El diseño del mercado de trabajo en la normativa internacional es coherente con los objetivos sociales de la OIT, con su valoración del trabajo humano y del papel del Estado en su protección y promoción; y es tributaria también del momento histórico en que esta normativa se fue elaborando. De la misma manera, el segundo condicionante exterior en la ordenación legal del mercado de trabajo responde también a las características de la organización de la que procede: se trata de la Unión Europea, cuya análisis jurídico del mercado es muy diferente al visto hasta ahora.

Como es sabido, la Unión Europea es una organización supranacional en cuya estructura las finalidades sociales o laborales aparecen bastante desvaídas.

El Derecho comunitario en materia de colocación es bastante escaso: se contiene en un par de pronunciamientos del Tribunal de Justicia, que en realidad se limitan a calificar esta actividad desde el punto de vista jurídico-comunitario, determinando la aplicación de normativas enteras del Derecho europeo. La primera de ellas es la sentencia Van Wesemael, de 18 de enero de 1979, en la que se establecen dos afirmaciones de importancia: en primer lugar, el carácter de servicio a los efectos del Derecho Comunitario que se predica de esta actividad; en segundo lugar, que a pesar de ello, y por afectar de manera directa a otros intere-

Mayor trascendencia aún presenta la sentencia Klaus Hofner & Fritz Elser Contra Macroton, de 23 de abril de 1991, cuyos efectos en la ordenación normativa del mercado de trabajo en los Estados miembros de la Unión pueden resultar de enorme importancia, ya que en ella se analiza la propia validez del monopolio público en la colocación desde el punto de vista del Derecho comunitario. El Tribunal afirma que un organismo público que ejerce actividades de colocación puede ser calificado como empresa a efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia establecidas en el Tratado de Roma. Y en base a este Derecho, si una legislación nacional que reconoce un derecho exclusivo en la actividad de colocación al servicio público de empleo, éste estará abusando de la posición dominante que ocupa en el mercado como consecuencia del monopolio del que disfruta en materia de colocación. Los efectos potenciales de esta decisión son enormes, ya parece cuestionar la validez de una de las premisas fundamentales en la organización jurídica del mercado de trabajo en los Estados europeos, la posición privilegiada de los servicios públicos de empleo, y la limitación de la iniciativa privada.

Respecto del trabajo temporal, la actitud de las instituciones comunitarias se apoya también en el carácter económico de esta actividad. Está fuera de toda duda su calificación como servicio a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1981, John Webb. Ya en esta sentencia, sin embargo, se reconocía que el trabajo temporal, a pesar de ser un servicio a todos los efectos, era una actividad especialmente sensible desde un punto de vista profesional y social; y ello porque afectaba tanto a las relaciones en el mercado de trabajo como a los intereses legítimos de los trabajadores afectados. Esta existencia de particularidades en el tratamiento del trabajo temporal como servicio a efectos del Derecho comunitario se vio confirmada posteriormente en la sentencia Rush Portuguesa, de 27 de marzo de 1990, en la que el Tribunal reconoció un régimen especial para la actividad internacional de las ETT, más cercano a la libre circulación de trabajadores que a la de servicios.

A diferencia de lo ocurrido con la actividad de colocación, en materia de trabajo temporal si se cuenta con una cierta política de armonización comunitaria, que se ha traducido hasta la fecha en la aprobación de una única directiva, la 91/383, de 25 de junio de 1991, «por la que se complementan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal».

Si se ponen en relación las posturas de la OIT y de la Unión Europea respecto del mercado de trabajo se ponen de manifiesto diferencias sustanciales que hacen dudar seriamente de su compatibilidad. Para la OIT la obligación básica es la de establecer un servicio público de colocación, y limitar paralelamente las posibilidades de actuación de sujetos privados, que merecen una valoración negativa. Frente a este reparto de papeles promovido desde instancias internacionales, la Unión Europea, sin presentar un modelo alternativo que permita garantizar el papel de estos sujetos privados. Es en el

papel de estos sujetos donde se encuentran las principales diferencias entre ambos sistemas normativos, coherentemente con los fines de cada una de éstos: para la Unión Europea la defensa de la competencia y la transparencia del mercado son fines en sí mismo, mientras que para la OIT el objetivo fundamental lo constituye la defensa de la posición contractual de los trabajadores, sin que el funcionamiento del mercado interese particularmente. Nos encontramos ante dos auténticas filosofías opuestas, dos formas radicalmente distintas de entender una misma realidad.

* * *

En última instancia, los problemas de coordinación entre el modelo de mercado de trabajo pretendido por la OIT y las exigencias del Derecho comunitario no son más que una nueva manifestación de un fenómeno más amplio, de reciente aparición, de incompatibilidad y conflicto entre ambos órdenes normativos. Este conflicto es consecuencia de las diferentes finalidades o filosofías de ambas organizaciones; y, también, del diferente momento histórico en que una y otra adoptaron su posición en este campo: la jurisprudencia comunitaria sobre el mercado de trabajo se ha producido en un momento en el que los ordenamientos europeos flexibilizaban sus legislaciones laborales, ampliando los ámbitos de actuación lícita de la iniciativa privada; el modelo de la OIT, por el contrario, responde a una concepción del Derecho laboral mucho más tradicional, cuya validez en la actualidad se pone en entredicho desde algunos sectores.

El segundo criterio de valoración que he sugerido es el grado de novedad de la reforma, para lo que debe partirse del modelo de mercado de trabajo vigente hasta 1993. Este modelo puede ser calificado sin muchos excesos como «clásico», desde varios puntos de vista: seguía en primer lugar la línea imperante en la mayoría de los ordenamientos de nuestro ámbito, encuadrándose en lo que se ha venido denominando «modelo socialdemócrata» de organización de los servicios públicos de empleo; en segundo lugar, ha sido un modelo vigente desde un momento histórico muy temprano, estando sus raíces en un texto normativo tan remoto como la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931, permaneciendo inalterado en sus líneas esenciales hasta la reforma de 1993.

La ley de 1931 estableció un sistema público de oficinas de colocación, a la vez que se prohibía la existencia de agencias privadas de pago. La Ley de Colocación de 10 de febrero de 1943 incidió en estas mismas líneas de intervención, aunque con una mayor intensidad: respecto del sistema público, porque imponía su utilización a trabajadores y empresarios, obligándoles a inscribirse en sus oficinas; respecto de los sujetos privados, porque los prohibía fueran de la clase que fueran. Estas líneas maestras del sistema se mantuvieron en el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1975, y en la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976.

En la misma tendencia se inscriben los dos textos normativos que sentaron el régimen jurídico del mercado de trabajo en toda la década de los ochenta: la

Ley Básica de Empleo de 8 de octubre de 1980, y el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores de 8 de marzo de 1980. Analizaré a continuación estos textos siguiendo la principal línea de estudio que ha guiado este análisis: el papel de la iniciativa pública y de la privada respecto a los mecanismos de intervención en el mercado de trabajo.

Respecto de la primera cuestión, y en cumplimiento de las obligaciones internacionales antes estudiadas, se creó un servicio público de empleo, caracterizado legalmente por ser un «servicio nacional, público y gratuito», según señalaba el artículo 40 de la Ley Básica de Empleo (LBE); la gestión de este servicio correspondía al Instituto Nacional de Empleo (INEM), lo que garantizaba su carácter público. La gratuidad se garantizaba al no verse en la ley cobro alguno por los servicios prestados a trabajadores y empresas individuales, financiándose la estructura del INEM por otras vías.

Otro carácter fundamental en su funcionamiento era su carácter obligatorio, tanto para empresarios como para trabajadores, que no estaba expresamente formulado, sino que se derivaba de la interacción de varios preceptos legales: de los artículos 42.1 LBE y 16.1 ET, que obligaban a las empresas a «solicitar previamente en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten»; y del artículo 42.2, que imponía a los trabajadores la obligación de «inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando hayan de solicitar colocación». Con ello la colocación vía INEM se constituía en la regla en nuestro Derecho.

El grado de efectividad de esta obligación era, en realidad, bastante más reducido de lo que podía parecer a primera vista, en cuanto esta regla general admitía ciertas excepciones, previstas en distintos cuerpos legales, y que abrían la posibilidad de lo que se denominaba la «contratación directa» del trabajador; esto es, la posibilidad de que trabajadores y empresarios entraran en contacto al margen de los servicios públicos de empleo. Esta contratación directa se permitía de forma general en aquellas localidades en las que no existía Oficina de Empleo; y cuando la empresa acudiera a un concurso público para cubrir las vacantes de las que dispusiera. También se permitía la contratación directa de forma subsidiaria, si realizada la intervención del servicio público sus gestiones no llegaban a un resultado adecuado.

En realidad, el verdadero grado de obligatoriedad de la actuación de los servicios públicos de empleo, ya que incluso allí donde éstos actuaban suministrando trabajadores a las empresas el poder de decisión de éstas no quedaba sustancialmente limitado. En efecto, la decisión de contratar o no al trabajador propuesto correspondía al empleador, y las únicas limitaciones a este poder de decisión empresarial eran el respeto a «las preferencias establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias», previsto en el artículo 42.4 LBE; y la prohibición de «las decisiones individuales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo (...) por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la Empresa y lengua dentro del Estado español» contenida en el artículo 17.1 ET.

No era ésta la única vía abierta al poder de decisión empresarial. Ante el silencio de la ley sobre el carácter de las ofertas de empleo que debían presentarse al servicio público se abrió la posibilidad de que éstas fueran nominativas; esto es, que se solicitara un trabajador determinado y ya individualizado, identificándolo de entre todos los demandantes de empleo, por medio de una solicitud nominativa. En este caso, la actuación de los servicios públicos de empleo no suponía en realidad más que formalizar unos contactos realizados con anterioridad, y al margen del INEM; la búsqueda, selección y acuerdo entre trabajador y empresario se habían producido ya antes de acudir a la Oficina de Empleo, a través de otros mecanismos privados de colocación.

Una última característica del servicio público de colocación establecido por la LBE era su carácter exclusivo, que tampoco aparecía formulado de manera expresa, pero que se deducía de diversos preceptos legales: en concreto, de los artículos 16.1 ET y 40.2 LBE, según los cuales se prohibía «la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo». Esta era la postura de partida a la hora de delimitar el ámbito de la iniciativa privada en el mercado de trabajo: su prohibición generalizada, expresada en términos sumamente amplios (alcanzando a las agencias «de cualquier clase y ámbito funcional», y fuera cual fuera el tipo de contratación al que se dedicaran). Lo determinante no era la finalidad lucrativa o no de sus actividades, sino su carácter privado; identificado éste, la prohibición operaba automáticamente, sin necesidad de la concurrencia de otros elementos.

Las agencias privadas de colocación, lucrativas o no, quedaban así prohibidas. La ley abría, sin embargo, ciertas vías para la actuación de sujetos privados en la actividad de colocación. Así, los artículos 16.1 ET y 40.2 LBE admitían, de una forma ciertamente rocambolesca, la existencia y operación de lo que denominaba «agencias o empresas dedicadas a selección de trabajadores», al someterlas a ciertos controles. Junto a éstas quedaba abierto a los empleadores algún otro instrumento auxiliar en la colocación al margen del servicio público de empleo: la posibilidad de realizar concursos públicos prevista en el Real Decreto Ley 1/1986; y el recurso a la publicidad directa de las ofertas de empleo cuando no encontrara la oficina de empleo trabajadores adecuados, admitido por el artículo 44.2 LBE.

El monopolio público en esta materia era ciertamente orgánico, en la medida en que sólo se admitía al INEM como servicio organizado de colocación; era también pretendidamente funcional, ya que se reconocía en teoría su carácter obligatorio. Esta última calificación como monopolio funcional era mucho más discutible, ya que aunque se tendrá a imponer su utilización en cualquier contratación laboral se abrían numerosos espacios para la contratación directa y la utilización de instrumentos privados de auxilio en la colocación.

La aparente contradicción entre el monopolio orgánico del INEM y los espacios abiertos a la iniciativa privada se solucionan atendiendo al elemento organizativo: en el modelo clásico de mercado de trabajo, la única actividad organizada de colocación legalmente admitida era la pública; la privada, que

operaba allí donde era posible la contratación directa y en los trámites anteriores a las ofertas nominativas, se admitía en tanto careciera de este carácter. Los únicos mecanismos privados de contratación autorizados eran los extrainstitucionales informales o no organizados. De esta manera, en el modelo clásico de colocación la frontera entre lo lícito y lo ilícito en la actividad privada de colocación se situaba en su carácter organizado.

Por lo que se refiere al prestamismo laboral, lo más característico del sistema español durante todo este tiempo, y lo que lo distinguía de otros sistemas de nuestro ámbito, era la prohibición generalizada de esta actividad. El artículo 43 ET, siguiendo una larga tradición legislativa, prohibía «el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan»; esto es, se establecía un único régimen para el prestamismo laboral, independientemente de su finalidad o modalidad organizativa: su prohibición, y la aplicación de un completo aparato sancionador. En este marco jurídico, esta actividad quedaba desterrada de nuestro sistema, al menos en teoría, tanto para sujetos privados como públicos, lucrativos o no.

* * *

Así las cosas, lo más característico del régimen jurídico del mercado de trabajo durante esta época eran las fuertes limitaciones que se imponían a la iniciativa privada: el monopolio público en la colocación no dejaba espacio alguno para la iniciativa privada organizada, aunque quedaran numerosas vías abiertas para cauces extrainstitucionales o informales de colocación privada; la actividad de prestamismo laboral quedaba prohibida en todos sus términos, con independencia de la naturaleza del sujeto que la desarrollara y de la finalidad con la que lo hiciera.

El tercer criterio de valoración que he propuesto para esta reforma es el de su adecuación a los fines pretendidos por el legislador. Y estos fines sólo pueden entenderse si se ponen en relación con el entorno económico y social en el que la reforma de 1993 se llevó a cabo. La puesta en práctica del modelo clásico de colocación en España se caracterizó por dos notas fundamentales a lo largo de la década de los ochenta:

La primera nota fue la escasa eficacia de estos servicios, exagerada en una mayoría de ocasiones, pero que no dejaba de ser real. Según un estudio reciente, las oficinas de la Administración supusieron, en el periodo comprendido entre 1987 y 1992, la primera forma de búsqueda de empleo para casi un 90% de los desempleados (Quirós & Alcaide, 1994). Sin embargo, el grado de efectividad real de su intervención fue, sin embargo, mucho más reducido; la gran incidencia de las ofertas genéricas de empleo en la práctica de nuestro mercado ha llevado a que en tan sólo un 9% de las colocaciones producidas entre 1989 y 1992 el INEM haya actuado como un auténtico agente de colocación.

do en contacto efectivamente oferta y demanda de trabajo. De ahí que a pesar de su posición de monopolio, la participación del INEM en la colocación laboral fuera bastante baja y que su eficacia como intermediario escasa; y ello no sólo por una posible carencia de medios humanos y materiales, dado que éstos eran comparables a los de otros Estados comunitarios, sino también, y sobre todo, porque las oficinas públicas de empleo acabaron desempeñando funciones descarnadamente burocráticas, comportándose (...) como simples notarios de encuentros contractuales, la mayor parte de las veces celebrados fuera de los circuitos oficiales de colocación.

La segunda característica que puede identificarse del desarrollo del mercado de trabajo en esta década es la progresiva separación del modelo legal de éste de la realidad. En la práctica de nuestro sistema de relaciones laborales se produjo un progresivo establecimiento de sujetos privados dedicados a las actividades de colocación y, sobre todo, al prestamismo laboral. Las agencias privadas de colocación, más o menos ocultas como consultoras en materia de selección, empezaron a operar en sectores particulares del mercado de trabajo, como el del personal directivo o de alta cualificación, ante una actitud más o menos permisiva de las autoridades públicas. Más grave aún era el caso de las empresas de trabajo temporal, que se beneficiaron de construcciones jurisprudenciales restrictivas en la aplicación de la prohibición de la cesión de mano de obra, para llegar a funcionar en una auténtica situación de «legalización de facto». En uno y otro caso se produjo una progresiva separación del modelo legal de mercado de trabajo, abriendo campos para la iniciativa privada allí donde ésta no era legalmente posible; una de las características de la puesta en práctica de este modelo a lo largo de la década fue, precisamente, su escasa eficacia como mecanismo de regulación del mercado de trabajo, que en la realidad se escapaba de unos cauces legales dotados de escasa practicabilidad.

La falta de eficacia de los servicios públicos de empleo, y la separación entre norma y realidad se produce, además, en un contexto económico particularmente difícil, como es de todos conocido. Si bien es evidente que la situación del mercado de trabajo depende principalmente de otros factores, y que es en éstos donde debe encontrarse la solución a la crisis de empleo que atravesamos, desde principios de la década se planteó que los servicios públicos de empleo, y en general el marco legal del mercado de trabajo, no estaban contribuyendo como debían a esta solución. Un mercado de trabajo como el de los ochenta exigía unos mecanismos de intervención mucho más ágiles y efectivos, que sin embargo no fueron acometidos por el legislador laboral, orientado tradicionalmente hacia otros instrumentos de política de empleo, fundamentalmente la contratación temporal.

De ahí que pueda identificarse una doble finalidad en cualquier reforma que de esta materia se planteara: en primer lugar, agilizar el funcionamiento del mercado, facilitando la celebración de acuerdos; en segundo lugar, adaptar este marco a una realidad empresarial cada vez más alejada del monopolio público teóricamente impuesto.

Sin embargo, la generalizada sensación de inoperancia de los servicios públicos de empleo no fue acompañada de un auténtico debate sobre su refor-

ma, planteado en términos rigurosos, de tal modo que a finales de la década todavía se podrá afirmar que el del papel de los servicios públicos de empleo era todavía «un debate pendiente», en las agudas palabras de Valdés Dal-Re. La falta de esta reflexión contrastaba con la situación de otros sistemas laborales de nuestro ámbito, en los que sobre todo a partir de la segunda mitad de la década se produjeron constantes adaptaciones y reformas, buscando un nuevo modelo de mercado de trabajo que resultara más eficiente en una situación de altos niveles de desempleo. En general, la línea de actuación más común se orientaba hacia una reestructuración de los servicios públicos de empleo, y hacia una ampliación del papel de la iniciativa privada en las distintas actividades de intervención, buscando una oferta más plural y flexible de mecanismos de acceso al empleo. Si una línea de tendencia puede trazarse en la Europa comunitaria a lo largo de los últimos años ochenta y primeros noventa en materia de ordenación del mercado de trabajo, ésta ha sido sin duda la apertura progresiva hacia mayores ámbitos de actuación de sujetos privados, tanto en materia de colocación como de prestamismo laboral.

No fue hasta principios de los noventa que se planteó con seriedad la reforma del INEM y del régimen jurídico del mercado de trabajo. A partir de 1991 se elaboraron distintos proyectos y propuestas que vinieron a cristalizar en una iniciativa normativa que precedió en algunos meses al grueso de la reforma laboral. Se trata del Real Decreto-Ley 18/1993, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, aprobado el 3 de diciembre de 1993, y publicado el 7 del mismo mes.

Este RDL precedió de alguna manera la amplia reforma del Derecho del Trabajo iniciada por el Gobierno socialista, estableciendo algunas medidas que fueron desarrolladas por normativas posteriores. Contenía una serie de reformas del Derecho vigente en dos grandes aspectos: las modalidades contractuales, introduciendo la figura del contrato de aprendizaje y alterando sustancialmente el régimen del trabajo a tiempo parcial y el contrato en prácticas; y, sobre todo, modificando de forma radical el marco jurídico del mercado de trabajo en nuestro país.

La justificación de la adopción singularizada de estas medidas, anticipándose a la reforma global que se pretendía originalmente, y del recurso a una forma de legislación de urgencia del tipo del Real Decreto Ley, aparecen en la Exposición de Motivos del RDL 18/1993:

“La gravedad de la situación económica y su incidencia en el mercado de trabajo concede prioridad a la necesidad de acometer, de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo”.

Uno de los objetivos fundamentales de la reforma de diciembre de 1993 se refiere a la intervención en el mercado de trabajo, teniendo como objetivo «mejorar los servicios públicos de empleo». En realidad, más que reformar éstos se altera su papel en el procedimiento de colocación, reduciendo la inten-

sidad y el rigor de su actividad; y se amplía el ámbito de actuación de la iniciativa privada en el mercado de trabajo. Estas medidas tendrían un efecto positivo también doble: de un lado, hacer «más transparente y operativo el mercado de trabajo»; de otro, permitir que el servicio público de empleo oriente su actividad «hacia los colectivos que realmente necesitan su intervención para garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo».

La puesta en práctica de estas medidas se articula técnicamente a través de dos intervenciones:

- en primer lugar, se derogaron los artículos de la LBE y del ET que establecían las principales limitaciones a la iniciativa privada en el mercado de trabajo;

- en segundo lugar, se introdujo un capítulo I que, bajo el epígrafe de «De la colocación», contenía dos artículos: uno dedicado al «ingreso al trabajo» y otro a la «cesión de trabajadores». En éste, y como principales novedades, respecto de la actividad de colocación, se suprime el recurso obligatorio a los servicios del INEM, y se admite la posibilidad de que éste autorice la actividad de agencias privadas de colocación con finalidad no lucrativa; y respecto del prestamismo laboral, se admite su legalidad, siempre que éste sea prestado por empresas de trabajo temporal legalmente establecidas.

El contenido del RDL 18/1993 fue trasladado en mayo de 1993 a la ley 10/1994, «sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación», con lo que aquél perdió de su carácter excepcional y temporal y pasó a integrarse como un elemento más, con cierta vocación de permanencia, en el ordenamiento jurídico laboral. Poco después se promulgó la ley 14/1994, de 1 de junio, en la que se establecía el régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, con lo que se regulaba por primera vez en España con carácter general una modalidad lícita de prestamismo laboral. Estos textos constituyen hasta la fecha el núcleo normativo de la regulación de la intervención en el mercado de trabajo en España, junto a otros preceptos de la Ley Básica de Empleo no derogados por la Ley 10/1994.

* * *

El punto de partida para la elaboración del nuevo modelo de mercado de trabajo en España debe ser el mantenimiento del INEM como servicio nacional, público y gratuito, que continuará desempeñando, entre otras funciones, las de colocación, lo que garantiza la presencia de la iniciativa pública en esta actividad. La ley 10/1994, sin modificar su organización y estructura, altera sustancialmente el grado de intensidad de su intervención: el INEM, aún manteniendo sus características esenciales, va a perder así algunas de las que se le predicaban en el modelo clásico de regulación de este mercado.

El INEM pierde en primer lugar su carácter obligatorio, que era claro en el Derecho anterior. En el actualmente vigente tan sólo existe una obligación para los empleadores de registrar o comunicar la celebración de los contratos, según éstos deban o no celebrarse por escrito; obligación ésta que opera a *posteriori*,

una vez celebrado el encuentro contractual entre trabajador y empresario por cualquier vía. De esta manera, la relación entre la contratación vía INEM y la contratación directa, que era de regla y excepción en el modelo clásico, pasa a ser una de igualdad, como alternativas a las que se podrá acudir libremente, y correspondiendo la decisión al empleador.

Pierde el INEM, en segundo lugar, su carácter exclusivo, como único agente autorizado para la intervención en el mercado de trabajo. Podrán existir otros sujetos, con los que el servicio público tendrá que competir ofreciendo servicios sustancialmente idénticos. Estos nuevos sujetos no son necesariamente privados, pero se deberán operar todos sometidos a un mismo régimen, por lo que la iniciativa pública, de canalizarse a través de estas nuevas figuras, deberá hacerlo adoptando formas organizativas privadas, y actuando de acuerdo con el régimen jurídico común.

La primera figura que aparece en el régimen vigente es la *agencia privada de colocación*. La ley 10/1994 no las admite de forma general, sino que sólo autoriza la existencia de un tipo determinado de ellas, aquellas carentes de finalidad lucrativa, subsistiendo la prohibición para las demás. Y existirá este carácter no lucrativo que hará posible su legalidad: «siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados».

En cuanto a su régimen jurídico, éste aparece previsto en el artículo 1.2 de la ley 10; para su actividad deben celebrar un convenio de colaboración con el servicio público de empleo, que exigirá un informe previo del Consejo General del INEM; tras el convenio podrán obtener la autorización administrativa que parece imprescindible para poder operar legalmente.

La segunda modalidad de intervención que se introduce con la reforma es el trabajo temporal, que se califica en la ley 10/1994 como una modalidad particular de cesión de trabajadores que, a diferencia de las demás, puede ser lícita si se adapta al marco legal previsto para ello. Esta previsión se ha desarrollado en la ley 14/1994, que más que regular una determinada actividad se ocupa de establecer el régimen jurídico de unos determinados sujetos empresariales, las ETT, a las que se atribuye en exclusiva el desarrollo del prestamismo laboral lícito en España; así en su artículo 1º se afirma que,

“se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados”

El régimen jurídico de las ETT establecido por la ley 14 sigue en líneas generales a sus antecedentes europeos, limitando el ámbito de la actuación lícita de estas empresas a determinados supuestos de necesidades temporales de mano de obra, y estableciendo un sistema de derechos para los trabajadores temporales, que es acompañado de distintos mecanismos de garantía de su cumplimiento.

El campo de actuación de la iniciativa privada se amplía sustancialmente con la reforma, y ésta puede ser quizás su nota más destacada: se amplía por-

que las vías de contratación alternativas al INEM se ponen en pie de igualdad a la intervención de éste; y porque se facilita la contratación al margen del INEM mediante la disponibilidad de otros instrumentos auxiliares de la contratación, agencias privadas y ETT.

De esta manera, y poniendo en relación todos los elementos disponibles, se puede elaborar el siguiente cuadro de instrumentos auxiliares disponibles a las empresas para la solución de sus necesidades de mano de obra, todos ellos en iguales condiciones en cuanto a su recurso:

- se podrá, en primer lugar, acudir al INEM, que continuará ejerciendo sus servicios de mediación en la contratación;
- se podrá, como alternativa, contratar directamente al trabajador, si se prefiere y si se cuentan con los contactos necesarios para ello, a través de canales no institucionales de colocación;
- se podrá, igualmente, disponer de los servicios de una agencia de colocación no lucrativa, cuyos servicios serán sustancialmente similares a los recibidos por el INEM, y podrán no ser gratuitos;
- se podrá recurrir libremente a la publicidad directa de las ofertas de empleo, ante la derogación del artículo 44.2 LBE que la permita únicamente en determinados supuestos;
- se podrá realizar un concurso público para la provisión de las vacantes, en condiciones no muy claras dado el silencio legal;
- se podrán utilizar los servicios de un gabinete de selección, cuyo régimen queda también bastante incierto;
- por último, y como alternativa a la contratación directa del trabajador a través de las vías antes señaladas, se podrán obtener sus servicios a través de una ETT; si bien en este caso tan sólo cuando la demanda de mano de obra reúna los requisitos legalmente previstos para ello.

* * *

Una vez definido en sus líneas generales el nuevo marco jurídico para la actividad de colocación en nuestro país se está en condiciones de aplicar los criterios que definen al principio de mi intervención, y poder realizar así una primera evaluación de la reforma del mercado de trabajo.

Desde el punto de vista de las obligaciones internacionales, el régimen ahora vigente mantiene el papel y la naturaleza de los servicios públicos de empleo, en cumplimiento de los convenios de la OIT ratificados en su momento por nuestro país. Desde este punto de vista, no parece desprenderse especiales dificultades para valorar positivamente las novedades introducidas. El punto crítico no es, sin embargo, éste: lo que va a determinar la validez o no del nuevo sistema va a ser el papel de la iniciativa privada en este sector, que ni puede ser excluido, por aplicación del Derecho comunitario, ni admitido libremente, por aplicación del Derecho Internacional del Trabajo. El sistema introducido por la ley 10/1994 encuentra un elemento de equilibrio entre ambos extremos median-

sumisión al control estatal mediante la exigencia de una autorización. Aunque hasta que se desarrolle reglamentariamente este régimen no se podrá evaluar su completa adecuación al Convenio n° 96 de la OIT, a primera vista esta solución permite cumplir todas las obligaciones internacionales antes señaladas, rompiendo el monopolio de los servicios públicos de empleo que se opone al Derecho comunitario, y manteniendo a la vez el protagonismo de la iniciativa pública en este campo.

El segundo criterio de valoración que propuse era *el grado de novedad que supone la reforma en relación con el modelo clásico de colocación*. Los nuevos ámbitos dejados a la iniciativa privada constituyen lo más destacado de la reforma, como hemos tenido ocasión de comprobar; esta apertura rompe con largas tradiciones legislativas tanto en materia de colocación como de prestamismo laboral. Desde este punto de vista la reforma presenta una indudable importancia. Esta importancia debe ser, sin embargo, matizada. En ningún caso se ha optado por la reforma más radical, como sería la admisión total de la colocación y del prestamismo laboral privados, sino que la liberalización ha afectado tan sólo a algunas modalidades de éstos, quedándose de alguna manera a medio camino de lo pretendido por algunos sectores sociales. Por otro lado, y aunque formalmente se altera la situación normativa anterior, en realidad la práctica empresarial había ya roto este marco jurídico, con lo que las figuras formalmente introducidas a partir de 1993, agencias de colocación y ETT ya estaban presentes en nuestro mercado de trabajo. Desde este segundo punto de vista, el alcance real de la reforma es mucho menor de lo que a primera vista aparece.

El tercer elemento de posible valoración de la reforma se refería a *la adecuación de los medios arbitrados en relación con los fines pretendidos*. Y estos fines eran, principalmente, dos: mejorar la efectividad de los mecanismos de intervención en el mercado de trabajo, y canalizar la realidad del mercado de trabajo español.

Desde el punto de vista de la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo, la opción que se ha elegido ha sido la ampliación de los ámbitos de intervención lícita de sujetos privados, antes que incidir en la potenciación de los servicios públicos. Pero ello no debe necesariamente suponer una reducción de la presencia de la iniciativa pública; antes bien, uno de los objetivos de la reforma es precisamente mejorar su eficacia, mediante el acicate que supone tener que competir con sujetos privados en base a una oferta de servicios similares, y mediante la reducción de su carga de trabajo al desviarse una parte de las ofertas y demandas de empleo a los cauces privados; podrá así, por ejemplo, concentrarse en aquellos sectores más degradados del mercado. La coexistencia de lo público y lo privado en el mercado de trabajo de los 90 no debe entenderse necesariamente como un juego de «suma-cero» en el que la ampliación del uno limite al otro; ambas iniciativas deben competir entre sí, pero su concurrencia debe ser entendida más como una agregación, como una ampliación de los instrumentos puestos a disposición de los trabajadores y empresarios en la búsqueda de acuerdos mutuamente satisfactorios. En un mercado de

trabajo ciertamente degradado, pero también cada vez más diversificado; en un sistema productivo en transformación; en una sociedad cada vez más plural, las vías de ingreso al mercado de trabajo deben ofrecer la variedad y riqueza suficientes para que las empresas obtengan la mano de obra de la calidad y en la cantidad que necesitan, y para que los trabajadores obtengan empleos adecuados a sus necesidades y posibilidades. Aunque hará falta esperar a la puesta en práctica de este nuevo modelo para evaluar el impacto real de la reforma, puede afirmarse al menos que se han puesto las bases para esta oferta plural.

La segunda finalidad de la reforma es adecuar el marco jurídico a una realidad que se había ido separando cada vez más del modelo teórico legalmente vigente, a medida que las necesidades empresariales, y el propio dinamismo de la iniciativa privada, iban creando nuevas modalidades de intervención. Un análisis de la práctica del mercado de trabajo nos muestra que la reforma no establece un marco lo suficientemente amplio como para englobar la totalidad de las formas de intervención que en los años 90 se pueden identificar en su seno. Y es que han surgido una serie de prácticas, de servicios empresariales novedosos que difícilmente pueden encontrar su encuadre en alguna de las figuras legalmente previstas. En la mayoría de los casos se trata de actividades desarrolladas por la iniciativa privada, con una finalidad abiertamente lucrativa, lo que lleva a plantear si se trata de prácticas no ya al margen de la legalidad vigente, sino directamente enfrentadas a ella. Se trata, también, de servicios no recibidos, o al menos no en la medida adecuada, por la iniciativa pública, y que se corresponden con necesidades concretas de las empresas, lo que debe llevarnos a pensar en la oportunidad de su prohibición.

Un ejemplo muy claro de estas prácticas difícilmente enmarcables en el nuevo edificio normativo lo constituyen los *servicios de outplacement*, figura muy reciente, y por ello poco conocida. Su origen se remonta a los años 60, y en la actualidad se encuentra establecida en la mayor parte de las economías occidentales, habiendo llegado recientemente a España. Se trata de una actividad de servicios regidas por empresas especializadas, y prestadas a empresas que se enfrentan a un proceso de reducción de plantilla. Su principal función es facilitar este proceso, tanto antes como después de que los despidos -«separaciones», en la terminología utilizada por estas empresas- se produzcan.

Para el análisis de esta figura desde el punto de vista que nos interesa existen tres datos fundamentales a tener en consideración: se trata, en primer lugar, de servicios desarrollados con una finalidad lucrativa; en segundo lugar, estos servicios son contratados exclusivamente por la empresa que efectúa los despidos, no admitiéndose en principio que puedan acudir a ellas los trabajadores afectados por iniciativa propia, como tampoco se admite que acudan a ellas empresas con vacantes de mano de obra para satisfacer sus necesidades; en tercer lugar, el auxilio a la contratación que realizan es indirecto, ya que ayudan al trabajador a preparar y llevar a cabo su demanda de empleo, pero no median entre esa demanda y ofertas efectivas de trabajo.

Sin embargo, determinados aspectos del conjunto de actividades que realizan pueden provocar algunas dudas desde el punto de vista de la legalidad labo-

ral vigente. Así, entre sus posibles servicios se incluye la utilización de sus contactos con otras empresas para la celebración de entrevistas de trabajo; existen también determinadas modalidades de «outplacement» colectivo en las que se crea una «antena de empleo», un equipo de personas encargadas de crear una bolsa de empleo para los trabajadores incluidos en el programa. En uno y otro caso se está cerca de la mediación en el mercado de trabajo, con todos los problemas que esto plantea, dado el carácter lucrativo del «outplacement».

Igualmente discutible es la legalidad de las empresas conocidas generalmente como de «*head-hunters*». El «*head-hunting*» -«cazatalentos» en la terminología española- es un servicio empresarial también reciente, y algo más extendido en España que el «outplacement»; son unos gabinetes de selección altamente especializados, que operan exclusivamente con directivos de la más alta cualificación o con trabajadores con una gran especialización técnica. Estas empresas inciden directamente en la actividad de colocación; por otra parte, también está fuera de toda duda su carácter lucrativo. De su objeto y finalidad no cabe deducir otra cosa que su oposición al régimen jurídico vigente, que no prohíbe ya la iniciativa privada en la colocación, pero sí la lucrativa. Esta calificación, similar por otra parte a la que se podía hacer durante la vigencia del modelo clásico de colocación, contrasta sin embargo con la realidad, en la que se percibe claramente la actividad de estas empresas, ante una actitud de tolerancia administrativa. De nuevo la iniciativa privada va más allá del marco legalmente admitido para ello.

Un tercer tipo de prácticas cuya legalidad puede ser discutida lo constituyen las *bolsas de trabajo de instituciones educativas*, públicas y privadas. Naturalmente, los servicios recibidos por estas instituciones varían sustancialmente, y en la misma medida lo hace la calificación jurídica que de ellos puede hacerse. La formación para la elaboración del curriculum vitae y las entrevistas de trabajo no presentan, a mi juicio, problema alguno. Otra cosa ocurre con las «bolsas de trabajo» que estas empresas recen; en ellas se tramitan ofertas de empleo, y se pone en contacto a los estudiantes con empleadores potenciales. En este tipo de servicios se estaría produciendo una auténtica intromisión en el ámbito de actividad de los servicios públicos de empleo, llegando a cubrir todas las fases del proceso de colocación. La legalidad de estas bolsas de trabajo dependería entonces de los dos elementos señalados en el artículo 1 de la ley 10/1994: de su autorización por la Oficina Pública de Empleo, previo el correspondiente convenio de colaboración; y, sobre todo, de su finalidad no lucrativa, lo que obligaría a analizar el coste y el precio de los servicios que prestan.

La determinación de este último dato puede presentar, a mi juicio, dificultades, teniendo en cuenta que estos servicios de auxilio al empleo se integran con el conjunto de la oferta de cada centro, en base a la cual los alumnos optan por uno u otro. Desde este punto de vista, el carácter no lucrativo de los servicios de colocación ofertados queda hasta cierto punto en entredicho: serían servicios retribuidos, y su costo se repercutiría en el estudiante a través de la matrícula que paga.

Mayores dificultades presentan aún las prácticas empresariales que dan lugar a relaciones triangulares de trabajo. De acuerdo con la ley 10/1994, todo supuesto de cesión de trabajadores que no sea realizado por una ETT debidamente autorizada estará prohibido, y sujeto a un intenso aparato sancionador. El legislador se mueve en esta materia en la dicotomía cesión-prohibida/ trabajo temporal-permitido, y todo lo que no sea de un tipo lo será del otro. El problema se plantea cuando se constata la existencia de numerosos supuestos de cesión de trabajadores, a veces prestados de forma sistemática y organizada, a veces esporádicamente en determinados tipos de organizaciones empresariales, cuya prohibición, por más que legalmente fuera de toda duda, parece excesiva o inadecuada.

El más clásico de estos supuestos es el de la *movilidad de trabajadores en el seno de grupos de empresas*, al que la jurisprudencia ha calificado materialmente como cesión de forma reiterada, pero al que se resistía a aplicar el régimen del artículo 43 ET; con el nuevo artículo 2 de la ley 10/1994 las posibilidades de actuación de la jurisprudencia quedan limitadas, ya que ante la constatación de que no es trabajo temporal no queda otra opción sino aplicarle la prohibición. También en el ámbito de las administraciones públicas han surgido distintas prácticas materialmente calificables como de cesión, fundamentalmente en el ámbito de convenios de colaboración entre distintas entidades administrativas, que se cedían entre sí su personal laboral.

Otros supuestos surgen en relación con figuras contractuales de aparición más reciente en nuestro país: los centros de negocios, que alquilan oficinas y material de oficina, pero que pueden llegar a suministrar también trabajadores de secretaría; *los arrendamientos de locales en grandes superficies comerciales*, en los que trabajadores contratados por una empresa prestan servicio en las instalaciones y con los medios de otra, sin que de cara al cliente se llegue a distinguir entre ambas; *la subcontratación de determinados servicios y actividades*, como la seguridad o la informática, en los que la base material y organizativa es mínima, y lo fundamental es el personal puesto a disposición; las empresas dedicadas a *la organización de congresos*, que suministran azafatas y traductores; *las empresas de botones*, que realizan pequeños encargos para sus clientes por medio de personal puesto a su disposición; jugadores de fútbol que son contratados por sociedades constituidas a tal efecto, y que luego son cedidos gratuitamente a entidades deportivas, que se hacen cargo del pago de sus fichas, reteniendo la sociedad empleadora los derechos de traspaso del jugador.; y otras más.

La conclusión a la que se debe llegar a partir del análisis de todas estas modalidades contractuales es, una vez más, la separación entre la realidad empresarial y el marco jurídico previsto para ordenarla. La reforma ha establecido un régimen jurídico que no es lo suficiente amplio como para encuadrar en él a todos los mecanismos de intervención en el mercado de trabajo que la práctica empresarial ha ido creando. Desde este segundo punto de vista, la eficacia de la reforma del mercado de trabajo de 1993 debe ser puesta en entredicho; ya *a priori* se presenta como una intervención legislativa insuficiente para adecuar

la realidad material a la jurídica, como la apertura de unos espacios de juego para la iniciativa privada que ya antes de ponerse en práctica resultan demasiado estrechos.

* * *

En 1910 Antonio Royo Villanova, en su libro *Cuestiones obreras*, decía al comparar la situación española con la extranjera: «Es un poco triste que en materia de oficinas de colocación no conozcamos en España todavía más que el órgano oficioso de los memorialistas, las porteras y las tiendas de ultramarinos». Ciertamente las cosas han cambiado sustancialmente en nuestro país en los ochenta años transcurridos desde esta reflexión, y si algo caracteriza la reforma del mercado de trabajo de 1993, y desde luego la realidad empresarial española, es la existencia de múltiples y diversos canales para acceder a unos empleos que son desgraciadamente cada vez más escasos. Que esta pluralidad de vías sea adecuada para la delicada situación de este mercado será algo que sólo podrá evaluarse con la puesta en práctica de este nuevo modelo legal, que ya presenta *prima facie* algunas limitaciones frente a la realidad de un mercado de trabajo dinámico y original, en el que van surgiendo nuevas modalidades de intervención a medida que las necesidades empresariales y sociales las van demandando.

Desde el punto de vista de los estudiosos de las relaciones laborales, el nuevo reparto de espacios entre lo público y lo privado en el mercado de trabajo supone un aumento considerable de la complejidad de la realidad objeto de nuestra atención, así como la ruptura de una larga tradición legislativa sobre la que nos habíamos acostumbrado a trabajar. Esta reforma, pero en general también el resto de las reformas producidas a lo largo de 1994, deben plantearnos una nueva forma de entender el Derecho del Trabajo, que cambia sustancialmente de contenidos y que relativiza algunos de sus principios considerados inalterables. La dificultad de nuestra tarea es evidente: como juristas, tenemos que valorar una reforma sin precedentes en su alcance, poniendo de manifiesto sus lagunas y puntos oscuros, y sentando los criterios para su evaluación; como científicos, tenemos que llegar a conocer un marco jurídico que supone prácticamente una nueva forma de entender las relaciones laborales; como docentes, tenemos que enseñar su contenido y significado a nuestros alumnos y al resto de los operadores jurídico-laborales.

El mercado de trabajo de los noventa será complejo y rico, con nuevos actores y con nuevas relaciones entre éstos. La pluralidad será quizás su nota definitoria más clara; estudiar y enseñar esta realidad plural será nuestra responsabilidad. Ya decía Gracián en su *Arte de la prudencia* que «más se precisa hoy para ser sabio que antiguamente para formar siete»; difícilmente podría expresarse mejor la situación a la que nos enfrentamos en este momento los docentes de las relaciones laborales.

La reforma del mercado de trabajo ha culminado una fase de turbulencias en el Derecho del Trabajo con una auténtica tempestad. Podrá gustar o no

hacerlo, pero está ahí, y ha establecido las nuevas reglas del juego para las relaciones laborales de la década de los noventa; en cualquiera de los casos, hay que enfrentarse a este tema con apertura de ideas, lejos de prejuicios, conscientes de nuestro papel como juristas. En las palabras del recientemente fallecido Karl Popper, como científicos nuestra misión es la lucha contra el error. Y frente a una reforma de este alcance, errores son el rechazo *a priori*, el conservadurismo científico, la inercia en los análisis y valoraciones; mucho más en un ámbito universitario, en el que la estrechez de miras, la cerrazón, la defensa a ultranza de posiciones adquiridas son siempre perniciosas. Decía Shakespeare que contra la estupidez los propios dioses luchan en vano. No somos dioses, pero sí somos una Universidad, y nuestra tarea debe ser la lucha contra la estupidez en todas sus manifestaciones. No podemos agarrarnos a lo que ya conocemos, porque acabaríamos siendo cajas de resonancia de nuestras propias limitaciones. En una Universidad que adoptó como lema el ambicioso «atrévete a saber», no está de más que sus profesores no olvidemos la importancia del «atrévete a aprender».

Muchas gracias por su atención, y les deseo a todos un feliz y provechoso curso 1994-95.

ADDENDA

El texto publicado reproduce la intervención oral de su autor en la apertura del curso académico 1995-95 en la Universidad de Huelva. Para mantener el tono del discurso no se ha realizado alteración alguna del texto entonces utilizado, lo que explica la falta de notas; pero también se hace necesario llamar la atención sobre los cambios más importantes producidos en esta materia desde la fecha de lectura de esta lección hasta la de su publicación en esta revista, lo que obliga a incluir esta addenda.

Desde un punto de vista normativo los cambios más importantes producidos han sido la publicación y entrada en vigor del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados de empleo; y del Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la ley 14/1995, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Estas dos normas desarrollan los textos legales básicos en la ordenación del mercado de trabajo español en el fin de siglo: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores sobre las agencias privadas de colocación, y las de la ley 14 sobre las empresas de trabajo temporal, respectivamente.

En la práctica del mercado de trabajo, y en base a estas normas, han comenzado a actuar de forma legal tanto las agencias privadas de colocación como las empresas de trabajo temporal, si bien estas últimas lo venían haciendo ya al amparo de la ley 14/1994, habiendo sido autorizadas aún a falta del desarrollo reglamentario de esta normas. El mercado de trabajo a la fecha...

empieza a parecer bastante al modelo previsto por el legislador laboral de 1994, modelo sobre el que se construyó la lección que ahora se publica.

Para completar el texto de ésta existen ya numerosas aportaciones doctrinales, publicadas en distintas revistas jurídicas y estudios colectivos sobre la reforma. Basta con remitirse a los magníficos estudios de los profesores García Murcia, Cruz Villalón y Martín Valverde publicados en los últimos números de esta misma revista.