

DL

MÁS ALLÁ DE LOS RECURSOS HUMANOS. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

Carolina Serrano Falcón
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL.—III. ANÁLISIS JURÍDICO: III.1. Análisis histórico. III.2. Regulación de las Empresas de Selección a nivel internacional y comunitario. III.3. Ausencia en España de una regulación normativa de este tipo de empresas. III.4. Las diferencias que presentan con otros agentes de la intermediación. III.5. Aspectos jurídicos en las fases del proceso de selección realizadas por estas empresas. III.6. El contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la Empresa Cliente. III.7. Régimen sancionador aplicable. III.8. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda* para una regulación de las Empresas de Selección de Personal.

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis completo de las Empresas de Selección de Personal, consideradas como aquellas que se encargan de buscar candidaturas externas a la empresa para cubrir vacantes de nueva creación. Su agitada proliferación y uso por parte de las empresas, junto con la ausencia total de referencia normativa que contrasta con su regulación a nivel internacional y otros países, son razones obvias para que sean objeto de estudio. Los principales trabajos de investigación en este tema se han realizado en el campo de la Psicología Social. Sin embargo es necesario ir «más allá de los Recursos Humanos» y analizar los aspectos jurídicos de estas empresas.

DL *Más allá de los recursos humanos. La regulación jurídica...*

Para ello se ha realizado en primer lugar, un análisis práctico de estas Agencias, para centrarse posteriormente en el análisis jurídico de las distintas fases del proceso de selección, así como la relación jurídica derivada del contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la Empresa Cliente. Y se concluye el estudio con un análisis del Derecho Sancionador en este campo y con propuestas de lege ferenda para una futura regulación de esta institución.

I. INTRODUCCIÓN

No es una novedad que las Empresas de Selección (ESP) carezcan de un completo régimen jurídico. Pero su agitada proliferación y uso —a veces imprescindible— por las empresas, junto con la ausencia total de referencia normativa que contrasta con su regulación a nivel internacional y en otros países, son razones obvias para que sean objeto de estudio, teniendo en cuenta también que no ha sido un tema preferente de análisis por la doctrina laboralista. Los principales trabajos de investigación de estas Empresas se han realizado concretamente por la Psicología Social. Sin embargo, es necesario ir «más allá de los Recursos Humanos» y analizar los aspectos jurídicos de este tipo de Empresas. Advertir, de momento, que estamos ante una situación de ausencia normativa, en la que puede plantear serios problemas jurídicos derivados de su actuación. Pero antes de centrar este estudio en cuestiones jurídicas, es totalmente necesario realizar un estudio práctico de éstas para conocer qué se entiende por Empresas de Selección. Se ha utilizado esta terminología porque es la que se usa en el ámbito jurídico, y sobre todo, por la Asociación que representa a estas Empresas¹. No obstante, también se les conoce en numerosas ocasiones como Agencias de Selección de Personal o Gabinetes de selección, o incluso como Consultoras de Recursos Humanos.

La proliferación desde los años ochenta —acentuándose en la actualidad— de las Empresas de Selección se ha debido principalmente a las cada vez más continuas dificultades de encontrar personal adecuado a las características de una determinada empresa, debido, sobre todo, al aumento de la necesidad de contar con trabajadores cada vez más especializados². Esta actividad viene importada de Estados Unidos y Reino Unido, por lo que en la mayor parte de las ocasiones las Empresas de Selección que actúan en España cuentan con un importante capital extranjero y suelen ser filiales de multinacionales del sector.

Las ESP se pueden definir como aquellas que realizan el proceso de selección de personal para una empresa, entendiéndose éste como la búsqueda de candidaturas externas a la empresa para cubrir vacantes de nueva creación. Sin embargo, dentro de esta amplia definición, se encuadran distintas Empresas de Selección en función de su tamaño, de su actividad, de los modelos de organi-

¹ Asociación Estatal de Empresas de Selección, Evaluación y Desarrollo de Personal (AESE-DP).

² CORNO, R., «Le agenzie di ricerca e selezione», VV.AA. (A cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, *op. cit.*, pág. 217.

zación que utilizan o por el tipo de prestaciones ofrecidas³, pudiéndose distinguir tres tipos, aunque en muchas ocasiones una misma empresa ofrece distintos servicios. Éstas son las siguientes:

II. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

1. Empresas de Selección de Personal.
2. Empresas *Executive Search* o *Head-hunting*.
3. Empresas de Selección de Personal Especializadas.

1. Las EMPRESAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL son Consultoras que se encargan de la Selección y Evaluación de Personal, normalmente para puestos Intermedios y Directivos y que actúan en sectores muy diversos, tanto en la empresa privada como cuando se va a contratar a personal laboral en la Administración Pública. El proceso de selección que llevan a cabo se inicia siempre mediante una petición formal y escrita por parte de la empresa cliente, que antes ha valorado el acudir a una Empresa de Selección para que ésta realice el proceso de búsqueda y de selección de personal, pues hay que tener en cuenta que no siempre el proceso de selección se realiza a través de estas empresas, ya que al decidirlo tienen en cuenta los costes económicos, atendiendo tanto a los costes directos como indirectos⁴, e incluso en muchas ocasiones acuden para «reclutar» personal a los propios trabajadores de la empresa a través de la promoción interna⁵, o en otras ocasiones utilizan formas mixtas de reclutamiento dentro de la empresa (reclutamiento interno) y posteriormente fuera de ella (reclutamiento externo)⁶. Pero también cuando deciden realizar el reclutamiento externo, lo pueden hacer a través del Departamento de Selección de Personal de su empresa, aunque no es una práctica habitual⁷.

³ BESSY, C., «Cabinets de recrutement et formes d'intermédiation sur le marché du travail», VV.AA., *Les intermédiaires du marché du travail*, Louis-Jean, France, 1997, págs. 128-129.

⁴ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J. L.; LLOPIS TAVERNER, J., *Los recursos humanos en la empresa. Un enfoque directivo*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 131.

⁵ En el ámbito empresarial, la mayoría de los directores de empresa, hombres de personal y consultores externos, prefieren la promoción interna a la hora de cubrir un puesto de trabajo antes que acudir al reclutamiento externo, pues tienen más ventajas que inconvenientes, ya que es uno de los mejores medios de motivación de personal. Véase PUCHOL, L., *Dirección y Gestión de Recursos Humanos*, ESIC, Madrid, 1993.

⁶ AGUIRRE DE MESA, J. M.; ANDRÉS REINA, M. P.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. R.; TOUS ZAMORA, D., *Dirección y gestión de personal*, Pirámide, Madrid, 2000, pág. 196.

Además, los Convenios Colectivos recogen también las diferentes formas de reclutamiento por parte de la empresa. De este modo, los Convenios Colectivos de empresa y en otras ocasiones los Convenios de sector establecen el criterio de la prioridad o preferencia de la promoción interna sobre la contratación exterior, aunque también hay convenios que paralelamente a la convocatoria interna anuncian las vacantes en el exterior. Véase AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», *AS*, núm. 1, mayo (2003), pág. 47.

⁷ En el Estudio Anual de Retribuciones 1997-1998 realizado por Ernst & Young Consultores (ERNST & YOUNG Consultores: «Manual del Director de Recursos Humanos», *Cinco Días*, Madrid, 1998, pág. 272), se pudo comprobar, a través de un estudio de 140 empresas, que el 27 por 100 tenía un Departamento de Selección en su propia empresa.

Pues bien, aquí se va a analizar exclusivamente el proceso de selección realizado por las Empresas de Selección de Personal, que, como se ha visto, inciden numerosos factores para que la empresa cliente acuda a ésta.

Una vez que la empresa cliente ha hecho una petición solicitando estos servicios, se envía una Oferta de Colaboración, explicando el proceso de selección a realizar en función del perfil del puesto que se pretende cubrir, para posteriormente formalizar un contrato (de arrendamiento de servicios, como se analizará detenidamente) entre la empresa cliente y la consultora de selección. Así, la fase inicial del proceso consta de la descripción del puesto por parte de la ESP, para profundizar en el puesto a seleccionar, y realizar el *reclutamiento* entendido como el «conjunto de procedimientos que tienden a atraer candidatos potencialmente cualificados y capaces de desempeñar los cometidos que se asignen»⁸. No existe un número determinado de candidatos idóneos por cada puesto vacante, sino que va a depender en cada momento de las características de éste, de la situación del mercado de trabajo y de las técnicas de reclutamiento a utilizar⁹. La búsqueda de candidatos se inicia normalmente con la búsqueda de candidaturas internas al contar estas Consultoras con su propia Bolsa de Trabajo, o también pueden realizar la búsqueda a través de su propia página Web. Una vez agotadas las fuentes internas, si se estima necesario, se acude a las fuentes de selección externas, previa autorización del cliente. Una práctica muy utilizada es la de reclutar a través de anuncios en la prensa o bien por palabras o por medio de los anuncios ordinarios de reclutamiento o llamados también anuncios de empleo que se utilizan para reclutar a personas que vayan a ocupar puestos de trabajo de mayor entidad¹⁰. Y también cada vez más se utilizan las Webs de Empleo, en la que las Consultoras incluyen las ofertas en portales de empleo. Esto significa que en pocas ocasiones las propias Empresas de Selección utilizan como vía de reclutamiento externo los Servicios de Empleo o las Agencias de Colocación sin fines lucrativos¹¹, por lo que no existe ningún vínculo de estas empresas con los intermediarios previstos legalmente.

A la fase previa del proceso de selección que está presidida por el reclutamiento, llega la fase central en la que se procede a seleccionar a las personas más idóneas para el puesto adecuado, y para ello se inicia el filtraje de los currículum en la que se hace una primera criba valorando requisitos básicos del perfil del candidato, y posteriormente se realiza una entrevista telefónica a aquellas personas que cumplen los requisitos esenciales, y quien la haya superado se les cita para que realicen las pruebas que se han fijado en el proceso de selección. También, en ocasiones, además de realizar pruebas profesionales (Test de aptitudes, Cuestionarios de Personalidad Laboral, Cuestionarios de Motivación, etc.) se realizan reconocimientos médicos para comprobar la idonei-

⁸ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J. L.; LLOPIS TAVERNER, J., «Los recursos humanos en la empresa», *op. cit.*, pág. 131.

⁹ Normalmente se basan en experiencias de reclutamiento anteriores para determinar la cifra de candidatos idóneos por cada puesto de trabajo. Véase ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I., «Mercado de trabajo, reclutamiento», *op. cit.*

¹⁰ ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I., «Mercado de trabajo, reclutamiento...», *op. cit.*, pág. 190.

¹¹ Véase GONZALO VIDAL, «El ordenamiento laboral vigente y su reforma: un tejido social en crisis», *op. cit.*

dad física de la persona para el puesto que está destinado, y la comprobación del estado general de salud del trabajador. Y, por último, una vez que cuentan con los resultados, se preseleccionan los candidatos que mejor se ajusten al perfil, se elaboran los Informes de Selección y se presentan en un tiempo determinado desde que se inicia tal proceso.

La última fase del proceso de selección se compone de la adscripción al puesto de trabajo y acogida, en la que las Empresas de Selección realizan un seguimiento del candidato contratado por la empresa cliente durante un tiempo pactado en el contrato —que no siempre coincide con el período de prueba— y se compromete a enviar a otro candidato en el caso de que el incorporado no cumpla objetivamente los requisitos especificados en la definición del perfil, o si el rendimiento del candidato no se ajusta a la dimensión del puesto o lo abandona por motivos no justificables de forma objetiva, siempre y cuando la empresa cliente haya efectuado el pago de los honorarios y ponga en conocimiento este hecho en un determinado período de tiempo.

Otro dato a tener en cuenta, y que es el que más litigios provoca en la práctica, es el del pago de los honorarios, que suele ser diferente dependiendo de si la selección se ha hecho para un solo puesto de trabajo, que en este caso se fija según un porcentaje del salario bruto anual más los gastos de los anuncios realizados; y en el caso de que se realice una selección de varios candidatos, el pago se hace por candidato, sin tener en cuenta el salario bruto anual de éste, sino las fases del proceso. En ambos casos, el pago se fracciona en varias partes: el primer pago tiene lugar con la aprobación de la oferta, que se paga un porcentaje, y el segundo en la fase final del proceso.

2. Las EMPRESAS EXECUTIVE-SEARCH O HEAD-HUNTING presentan algunas diferencias con las clásicas Empresas de Selección de Personal analizadas. Se encargan de la búsqueda y selección de ejecutivos, que cada vez más están reconocidas en España como una importante práctica profesional de auténtico valor añadido para las empresas. Además del carácter tan especializado, el candidato no es un trabajador desempleado, pues este tipo de empresas se encargan de buscar altos directivos ya empleados, evitando candidatos sin experiencia, y realizan sobre todo una labor de convencer al trabajador altamente cualificado para que deje su puesto de trabajo y empiece una vida laboral en otra empresa, en la que le ofrecen principalmente mejores condiciones económicas y profesionales. El proceso de selección se realiza por iniciativa de la empresa cliente, aunque en algunas Empresas *Head-Hunting* admiten el *drop-in* o envío del currículum directamente por el directivo¹².

La fase de selección del candidato más adecuado difiere también de la realizada en las Empresas de Selección, pues en este caso no se utilizan las diferentes pruebas profesionales, sino que analizan directamente el currículum, las entrevistas y estudian las referencias y la información confidencial.

La fase final del proceso de selección se realiza prácticamente de la misma forma, es decir, se establece en el contrato firmado entre la Empresa *Head-*

¹² ERNST & YOUNG CONSULTORES, «Manual del Director de Recursos Humanos», *op. cit.*, pág. 282.

Hunting y la empresa cliente una cláusula de garantía para aplicarla en el caso de que el candidato empleado no cumpla los requisitos iniciales. Por último, los honorarios a pagar suelen ser muy elevados, ascendiendo hasta el 33 por 100 del sueldo total de un año, e incluso puede superarse dicha cantidad en el caso de que la persona sea por fin contratada¹³.

3. Por último, las EMPRESAS DE SELECCIÓN ESPECIALIZADAS se podrían considerar en un nivel intermedio entre las clásicas Empresas de Selección y las Empresas de *Head-Hunting*. Estas empresas se van haciendo con su cartera de clientes para ofrecer sus productos, realizando principalmente la búsqueda de candidatos especializados en un determinado sector, generalmente candidatos que se dedican a una profesión liberal (abogados, economistas, etc.), que están interesados en la oferta de dicho puesto de trabajo, en la que en la mayoría de las ocasiones se exige experiencia profesional previa. Quien realiza el proceso de búsqueda y selección son consultores que tienen —en términos generales— el mismo perfil que a quien van a reclutar, y esto les permite realizar una selección de calidad y ajustarse al máximo al perfil requerido por la empresa cliente. El reclutamiento se suele hacer, además de en su propia página Web, en prensa especializada, utilizándose las Escuelas Privadas de Negocios de postgrado, y la red de amistades o conocidos, llamadas red de relaciones o *networking*. Según resultados de estudios, esta forma de reclutamiento cuenta con buenos resultados, ya que se ha comprobado que en muchas ocasiones tienen una mayor permanencia en la empresa que otros trabajadores reclutados en su día por otros medios diferentes¹⁴.

En este tipo de empresas, en la fase siguiente al reclutamiento normalmente no se utilizan las pruebas profesionales, si bien la más utilizada es la prueba para determinar la inteligencia de una persona, así como las entrevistas personales. Siempre se firma en el contrato —del mismo modo que en los anteriores tipos de empresas— una cláusula de garantía para que pueda responder la Empresa de Selección en el caso de que el candidato no se adecue al puesto solicitado por la empresa cliente. Y en cuanto al pago de los honorarios, suelen ser más moderados que los que utilizan las Empresas *Head-Hunting* aunque también son elevados, oscilando entre 16 al 22 por 100 del salario bruto anual del candidato.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

III.1. Análisis histórico

De un análisis histórico se va a comprobar que lo que se ha venido regulando como «Empresas de Selección» difiere a lo que hoy en día se entiende por éstas.

¹³ DOLANS, S.; SCHULLER, R.; VALLE, R., *La gestión de los recursos humanos*, MacGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 82; ERNST & CONSULTORES, «Manual del Director de Recursos Humanos», *op. cit.*, pág. 82.

¹⁴ ALCAÍDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I., «Mercado de trabajo, reclutamiento», *op. cit.*, pág. 190.

La primera referencia expresa a este tipo de empresas se lleva a cabo en la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE), y en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET 80). Y con anterioridad a esta época, la tendencia fue la supresión de cualquier tipo de Agencia de Empleo Privada, ya que pervivía el acontecimiento de la Revolución económica del siglo XIX, que hizo un uso indiscriminado de las bolsas de trabajo lucrativas. La selección de los trabajadores se les atribuía a organismos públicos¹⁵.

En la LBE se admitía la posibilidad de que el INEM colaborase con otras entidades para realizar la selección objetiva de candidatos para cubrir puestos de trabajo que figuren inscritos en su registro, según lo establecido en el artículo 44 LBE que lleva el título de «Colaboraciones». Estas entidades eran los «Servicios técnicos de orientación profesional y laboral» y las **«Empresas dedicadas a la selección de trabajadores»**. La mención a estas empresas se realiza tanto en la LBE como en el ET 80, pero esta regulación era muy escasa, pues además nunca hubo un desarrollo reglamentario de estas empresas, completándose la normativa estatal con Circulares del Instituto Nacional de Empleo (INEM): una del año 1981, que reguló y aclaró los aspectos específicos de la relación entre éstas y el INEM¹⁶, y otra, de 14 de febrero de 1991, que sustituyó la anterior y redactó de nuevo el procedimiento a seguir por las Oficinas de Empleo en cuanto a ofertas y a autorizaciones de anuncios de ofertas de puestos de trabajo¹⁷. En el artículo 40.2 LBE y en el artículo 16.2 ET 80, en idénticos términos se reconocía su existencia, pero en vez de aceptarlas expresamente y además llevar a cabo una regulación expresa de éstas, sólo se mencionaron algunas obligaciones con el INEM que se tenían que cumplir en su actuación.

Antes de analizar tal normativa, se podrían definir las empresas dedicadas a la selección de trabajadores como aquéllas que se «limitaban a captar la oferta de mano de obra, generalmente a través de los medios de comunicación social, y a seleccionar, mediante pruebas psicotécnicas, por grupos y categorías a los candidatos más adecuados de entre los que pueden optar a ocupar un puesto de trabajo»¹⁸. Pero esta definición precisa matizarla y explicar su modo concreto de actuación: hay que recordar que en este momento las empresas, como regla

¹⁵ Así, por ejemplo, durante la Dictadura de Primo de Rivera existían las «oficinas de selección y formación profesional, según el Real Decreto de 21 de diciembre de 1928 del Estatuto de Formación Profesional (Gaceta de 28 de diciembre). Y durante la Segunda República se le atribuyó al Sistema Nacional de Colocación (Ley de 27 de noviembre de 1931, Gaceta de 28 de noviembre), atribuyéndosele —entre otras— funciones en materia de formación profesional, incluyendo el aprendizaje, la selección y orientación profesionales.

¹⁶ El contenido de la Circular de la Subdirección General de Promoción, Prestaciones y Control del Empleo del INEM, de 17 de marzo de 1981, se ha podido deducir de la explicación de ésta por VALDÉS DAL-RE, F., «Servicios públicos de empleo y contratación laboral», VV.AA., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, *op. cit.*, pág. 223 y ss.

¹⁷ Circular proporcionada por los Servicios Técnicos para Documentación del MTAS. Circular del INEM CO 4/81. Asunto: Procedimiento a seguir por las Oficinas de Empleo en cuanto a ofertas y autorizaciones de anuncios de ofertas de puestos de trabajo. Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 17-III-1981, que anula la Circular I-2-03-4/81 bis; Archivo: Tomo 3, Apartado 1.º Llevada a cabo por el Subdirector General de Recursos Técnicos, Eduardo Ruiz Muñoz de Baena.

¹⁸ ALVARELLOS GALVE, C., *Ley Básica de Empleo. Texto y Comentarios*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, pág. 166.

general, tenían que acudir a las Oficinas de Empleo para solicitar a los trabajadores que estaban inscritos en el INEM. Las empresas podían cumplir esta obligación delegando su función en un representante, que eran las Empresas de Selección de trabajadores, y actuaban siempre por encargo de las empresas que representaban, y las Empresas de Selección asumían la responsabilidad de la certeza de la definición de los puestos de trabajo y de las condiciones laborales económicas ofrecidas para ellos, y además necesariamente tenían que constar en la oferta el nombre de la empresa contratante¹⁹. Éstas acudían a la Oficina de Empleo, cumplían la función del empresario de solicitar al demandante de empleo, y el INEM le proporcionaba los demandantes de empleo inscritos que se ajustaran a las características de la oferta presentada por la Empresa de Selección. Ahora bien, normalmente, lo que se hacía —la ley lo permitía— era que ellas mismas, una vez que habían acudido al INEM, podían dar a conocer las ofertas de empleo en el momento en el que transcurrieran tres días hábiles desde la fecha de presentación de la oferta de empleo y para ello necesitaban contar con el visado de anuncios en los que debía hacerse constar «el número de la demanda en la oficina de empleo y la identificación de ésta» (arts. 16.2 ET y 40.2 LBE), y por tanto, tenían que comunicar a la Oficina de Empleo, con carácter previo, la convocatoria pública para celebrar pruebas objetivas de acceso a la empresa. Esta obligación se deduce del artículo 27.2 LISOS 88, pues se consideraba infracción grave el no realizarlo. Es decir, la Empresa de Selección de Personal realizaba la selección tanto de los trabajadores inscritos en las Oficinas de Empleo que se ajustaran al perfil profesional que demandaba la Empresa de Selección (lógicamente, en nombre de la empresa que representaba), como de los demandantes de empleo que se hubieran enterado de la oferta u ofertas de empleo por la publicidad realizada por las Empresas de Selección. Esto significa que las Empresas de Selección utilizaban normalmente la vía de presentar la oferta de empleo a través de anuncios de prensa, siempre y cuando transcurriera el plazo de tres días y la oferta no hubiera sido cubierta por no haber enviado demandantes la Oficina de Empleo o por haber sido rechazado por las Empresas de Selección, y siempre y cuando la oferta la visara la Oficina de Empleo²⁰. De esta forma se aceptó la intervención de Agencias Privadas en la fase final del Proceso de Colocación, esto es, en la selección de los trabajadores. Estas Agencias Privadas actuaban con fines lucrativos que se le cobraban a la empresa a la cual representaban, pues aunque no se estableciera expresamente el carácter lucrativo, se entiende que se podría cobrar al empresario, aunque sin repercutir nunca en el demandante de empleo.

La justificación de la utilización de las Empresas de Selección se encuentra en la Circular de 14 de febrero de 1991, que señalaba literalmente que «dentro de la generalidad de las ofertas pasadas directamente por las empresas contratantes, existe el caso particular de las ofertas pasadas a través de Empresas de Selección que, en muchos casos, por el alto contenido técnico de los puestos ofertados y por elevados niveles de profesionalización con que actúan estas

¹⁹ Artículo 2.1 de la Circular del INEM CO 4/1981 redactada por la Circular de 14 de febrero de 1991.

²⁰ Punto 1.3 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991.

empresas exigen una matización específica en las normas de actuación de ambas partes —INEM, Empresas de Selección— con el fin de compatibilizar los métodos de trabajo de éstas con las exigencias legales de atención a los demandantes inscritos en las Oficinas de Empleo de este Instituto». Sin embargo, se ha podido comprobar que quien utilizaban las Empresas de Selección eran las pequeñas y medianas empresas para la contratación de titulados medios y superiores, pues las grandes empresas mantenían sus propios equipos de selección en la empresa²¹.

Pero la escasa regulación en relación a estas empresas tuvo en cuenta solamente las obligaciones de éstas con respecto al INEM, ya que el Servicio de Empleo controlaba toda la Actividad de Colocación; pero en ningún momento se llevó a cabo una regulación del contrato entre la Empresa de Selección y la empresa contratante, aunque se calificó por la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de servicios en la que una de las obligaciones de la Empresa de Selección era actuar con la diligencia necesaria, es decir, sin descuidar los rigurosos criterios de selección que se contemplan en el contrato, y si el trabajador seleccionado se revelaba como no idóneo se consideraba ilícita la reclamación solicitada por la Empresa de Selección consistente en el pago por haber realizado tal selección²².

Fue una forma de disfrazar el monopolio público de colocación, y ello porque aunque lo que se pretendió fue abrir a la iniciativa privada sólo una parte del Proceso de Colocación, poco a poco se empezó a desvirtuar la función de estas empresas, produciéndose el primer paso para la apertura de las Agencias Privadas interviniendo en todo el Proceso de Colocación.

La relación de estas Empresas de Selección con el INEM se quiso mantener con la imposición de una serie de obligaciones que tenían estas empresas: y fue, como ya se ha visto, en primer lugar, constar en sus anuncios el número de demanda de la Oficina de Empleo, en segundo lugar, proceder a la selección de trabajadores, teniendo en cuenta además de los «reclutados» por la publicidad realizada, los demandantes de empleo inscritos en el INEM, y en tercer lugar, informar al INEM de sus tareas (art. 44.3 LBE), que en caso de no realizarlo, estaba tipificado en la LISOS 88 (art. 27.3) como infracción grave. Una de las tareas de las que tenía que informar era remitir las pruebas que se les hacían a los demandantes de empleo que directamente eran remitidos por la Oficina de Empleo²³, y comunicar la terminación de la oferta, por ser ella la que presentaba la oferta a la Oficina de Empleo, pero también podía dar por terminada su gestión de oferta comunicando a la Oficina de Empleo que ella ya había presen-

²¹ Véase el estudio realizado por el CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) sobre «Nuevas tecnologías y oferta de empleo», *CIS. Estudios y encuestas*, núm. 19, febrero (1990), al señalar que a medida que disminuye el tamaño de la empresa se incrementa su recurso a las consultoras especializadas en el reclutamiento de candidatos.

²² STS (Sala de lo Civil), de 30 de enero de 1987, RJ 1987/366.

²³ El punto 2.2 de la Circular del INEM, de 14 de febrero de 1991, señalaba que «los demandantes que, a juicio de las Oficinas de Empleo, cumplan las condiciones exigidas, serán remitidos a la Empresa de Selección por los cauces habituales para que sean sometidos a las pruebas de selección, sin necesidad de seguir el contacto previsto en el anuncio. Ésta comunicará a la Oficina, por estos mismos cauces, el resultado de la entrevista o pruebas a que se les someta».

tado los candidatos a la empresa contratante y que se había indicado a ésta la obligación que tenía de comunicar a la Oficina de Empleo el nombre y los datos de la(s) persona(s) contratada(s) o la anulación de la oferta, en el caso de que procediera, haciendo siempre referencia al número de ésta²⁴.

Sin embargo, como ya se ha dicho anteriormente, empezó a abrirse por la vía de las Empresas de Selección la aceptación «fáctica» de las Agencias privadas de Colocación con fines lucrativos en contra de lo que permitía la Parte II del Convenio número 96 OIT, ratificado por España. Así, la CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT) recibió observaciones de UGT y CCOO sobre el incumplimiento de tal Convenio²⁵, pues se estaban aceptando las Empresas de Selección de Personal indicando tales Organizaciones Sindicales que estas empresas eran muy numerosas en la práctica y que no se respetaba la prohibición legislativa de Agencias Privadas de Colocación, porque la mayor parte de las Empresas de Selección no se dedicaban simplemente a una función de asesoramiento a las empresas que contratan servicios en materia de selección de personal, fundamentalmente para el personal directivo de las empresas, como argumentaba el Gobierno, sino que realizaban una verdadera labor de intermediación con fines lucrativos con la finalidad de obtener un empleo para un trabajador, obteniendo ventajas materiales de parte del empleador o del trabajador. Y así lo corroboraron al señalar que aproximadamente 200.000 empleadas de hogar fueron colocadas anualmente por Agencias Privadas. Pero el Gobierno, en las numerosas ocasiones que se pronunció, siempre daba argumentaciones poco creíbles y poco ajustadas a la realidad indicando que las Empresas de Selección de Personal siempre estaban obligadas a hacer constar en sus anuncios el número de la demanda a la oficina de empleo y su identificación, y que tenían la obligación de informar de sus tareas al INEM. Era una argumentación muy poco realista intentando justificar la actuación de estas Empresas. Se ha puesto de manifiesto cómo la actuación de tales Empresas y su escasa regulación fueron un tema conflictivo, que el Gobierno intentó siempre eludir las observaciones planteadas tanto por las Organizaciones Sindicales como por la CEACR. Por el contrario, sí respondió a las numerosas observaciones que se hicieron desde todos los ámbitos en relación a las Empresas de Trabajo Temporal, al ponerse de manifiesto su actuación sin su cobertura legal, en el que desde un primer momento, en vez de omitir su regulación, como hizo con las Empresas de Selección de Personal, se estudió la conveniencia de regularlas, llevándose a cabo tal regulación en la importante «Reforma del Mercado de Trabajo» en el año 1994, que sin embargo, no corrió la misma suerte para las Empresas de Selección, que más que regularlas, se procedió a su «desregulación», aunque no se eliminó su actuación práctica, cuestiones éstas, que se pasan a analizar.

²⁴ Punto 2.3 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991.

²⁵ Véanse CEACR: «Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 1992; Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 1993; Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 1994, www.ilo.org

Se produce un nuevo cambio de la regulación de las Empresas de Selección en la Reforma de Trabajo llevada a cabo en el año 1994. Se deroga el artículo 40.2 LBE, que permitía a las empresas dedicadas a la selección de los trabajadores, incluido también la derogación de los preceptos de la LISOS que tipificaban como infracciones el incumplimiento de determinadas funciones de estas empresas, concretamente fueron derogados en esta reforma el artículo 26.3 y el artículo 27.2 LISOS 88. Esto hizo que la escasa referencia normativa en relación a estas Empresas de Selección llegó casi a desaparecer, produciéndose prácticamente un vacío legislativo en esta materia, aunque no se puede decir que por la escasa referencia normativa a estas empresas se hayan prohibido, pues no se ha hecho expresamente, al contrario, la tendencia es la apertura hacia otros agentes privados. En este momento se produjo una aceptación tácita de las Empresas de Selección de Personal, pero sin una regulación al respecto, que perdura hasta la actualidad.

Así, en el momento presente, la única referencia a estas empresas se encuentra en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), al considerar infracción grave «no informar las empresas de selección de las tareas al Servicio Público de Empleo (art. 15), aunque queda vacío de contenido, como se verá más adelante, pues ya no existe obligación alguna de informar al INEM sobre las tareas que éstas realizan. También hay que indicar que la vigente Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre (LE) sigue sin regular las Empresas de Selección. En conclusión, nos encontramos ante una situación de ausencia normativa, aunque sin dudar de su existencia y de su legalidad.

III.2. Regulación de las empresas de selección a nivel internacional y comunitario

La normativa de la OIT en cuanto a las Empresas de Selección de Personal se ha caracterizado por las revisiones constantes de convenios en esta materia. La OIT, aún respetando el principio de protección al trabajador, ha ido girando hacia las tendencias más liberalizadoras, pues aunque en ningún momento ha eliminado de forma completa estas Agencias Privadas, y concretamente las Empresas de Selección, se aceptan actualmente siempre que estén sometidas a ciertos controles desde su inicio y mediante el cumplimiento de determinados requisitos, entre los que se encuentra la prohibición en general de cobrar al trabajador. La regulación de este tipo de empresas se encuentra en el vigente Convenio número 181 y Recomendación número 188 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas. Es necesario destacar que la ratificación de este Convenio ha sido escasa, por lo que su repercusión actualmente sigue siendo baja, especialmente en los países pertenecientes a la Unión Europea²⁶.

²⁶ A nivel mundial, este Convenio ha contado solamente con 20 ratificaciones: Albania (30-6-1999); Argelia (6-6-2006); Bélgica (28-9-2004); Bulgaria (24-3-2005); República Checa (9-10-2000); España (15-6-1999); Etiopía (24-3-1999); Finlandia (25-5-1999); Georgia (27-8-2003); Hungría (19-

Es necesario conocer el contenido de este convenio, y analizar bajo qué límites ha aceptado la OIT la legalidad de las Empresas de Selección, cuestiones que se pasan a analizar:

- a) La OIT define en general *Agencia de Empleo Privada* como «toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas que presta uno o más servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo»: «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»; «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»; «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». En estos últimos servicios quedarían incluidas las Empresas de Selección de Personal.
- b) Los países que ratifiquen el Convenio número 181 OIT pueden prohibir, previa consulta con las Organizaciones de trabajadores y de empleadores, el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas, bien de todos los servicios o de uno: es decir, para un determinado colectivo se podrían prohibir las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos pero se podrían mantener las Empresas de Selección o las Agencias de cesión de trabajadores.
- c) Se ha elegido para determinar las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas un sistema de licencias o autorizaciones²⁷, salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y práctica nacionales. Además, la Recomendación número 188 aconseja que junto con la legislación aplicable, se debería completar con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional. Esto significa que desde la OIT no se aceptan las Agencias de Empleo Privadas sin más, sino que tienen que estar controladas por un régimen de autorizaciones o licencias, y que tienen que contar con una regulación específica a nivel nacional, no bastando con un simple código de conducta que se le aplique a los diferentes tipos de Agencias de Empleo Privadas.
- d) Se aceptan que estas Agencias de Empleo Privadas tengan fines lucrativos, pero siempre y cuando no se cobre a los trabajadores, ni directa

9-2003); Italia (1-2-2000); Japón (28-7-1999); Lituania (19-3-2004); Marruecos (10-5-1999); República de Moldova (19-12-2001); Países Bajos (15-9-1999); Panamá (10-8-1999); Portugal (25-3-2002); Suriname (12-4-2006); Uruguay (14-6-2004). Véase www.ilo.org

²⁷ Se puede indicar que tanto el término autorización como el de licencia se refieren a la misma técnica de intervención administrativa. Véase LAGUNA DE PAZ, C., *La autorización administrativa*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 32. En este estudio se va a optar por el término «Autorización», ya que además la legislación al respecto utiliza esta calificación.

ni indirectamente ningún tipo de honorario o tarifa. Ahora bien, se podría cobrar a determinadas categorías de trabajadores algunos servicios prestados por las Agencias de Empleo Privadas, siempre y cuando se lleve a cabo una previa consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores.

No se contempla ni en el Convenio número 181 ni en la Recomendación número 188, como sí ocurrió en otros convenios anteriores, la posibilidad de limitar la retribución a recibir por las Agencias. Esto puede plantear un inconveniente y es que la retribución de estas Agencias llegue a ser desmesurada para el empresario, que es en este caso al que se le puede cobrar tal cantidad y no al trabajador. La solución estaría en que los Estados miembros determinaran el margen en el que se podrían mover para cobrar al empresario, regulándolo en el régimen jurídico de estas Agencias de Empleo Privadas.

- e) Las Agencias de Empleo Privadas —y por tanto, las Empresas de Selección— tienen que ser muy cautelosas con el tratamiento de los datos personales de los demandantes de empleo y se recomienda que las Agencias de Empleo Privadas conserven únicamente los datos personales de un trabajador mientras esté justificado con fines concretos o mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo, así como adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales e impedir que las Agencias de Empleo Privadas utilicen datos para otros fines sin el consentimiento del trabajador afectado.
- f) Para que exista un buen funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas en el que se respeten los derechos de los solicitantes de empleo, es imprescindible el establecimiento de un adecuado procedimiento sancionador, estableciendo —como señala la OIT— mecanismos y procedimientos adecuados para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las Agencias de Empleo Privadas.
- g) Una de las preguntas que se podría formular y de importante aplicación práctica es si la OIT permite que una Agencia de Empleo Privada realice varios servicios al mismo tiempo. Es decir, si una misma Agencia de Empleo Privada puede ser al mismo tiempo «agencia de intermediación», «Empresa de selección de trabajadores», «agencia de cesión de trabajadores» y «agencia de outplacement», o si cada uno de estos servicios se tiene que prestar por Agencias diferentes. Todo parece indicar que una misma Agencia de Empleo Privada puede prestar uno o más servicios. Ahora bien, como estas Agencias de Empleo Privadas tienen que contar con una licencia o autorización, se tendría que indicar en la misma las funciones que expresamente van a llevar a cabo. Se deduce que cada Estado Miembro puede legislar de forma unificada el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas en general, pero se tendría que regular de manera independiente la forma de llevar a cabo cada uno de los servicios que pueden prestar y ello porque no es lo mismo regular los

servicios que realiza una Agencia de cesión de trabajadores, o los servicios que presta una Agencia que se encargue de la selección de personal.

Se puede hacer una valoración positiva de conjunto sobre la regulación de las Empresas de Selección en la OIT, pues ésta ha sabido enfrentarse a la realidad evitando eludir la situación presente de la proliferación de las Agencias de Empleo Privadas en el mercado de trabajo, pues «los convenios deben poder acomodarse a la cambiante realidad socio-internacional en la que despliegan sus efectos jurídicos, bajo pena de quedar caducos y desfasados con el transcurso del tiempo»²⁸. La aceptación de las Agencias de Empleo Privadas y concretamente de las Empresas de Selección no tienen por qué, en principio, hacer resurgir las tesis liberales decimonónicas defensoras de la reducción al máximo de la intervención estatal constituyendo el *laissez-faire* su característica principal, y ello porque desde la OIT no se pretende la aceptación sin más de las Agencias de Empleo Privadas, procediendo a su «desregulación», sino más bien al contrario, aceptarlas pero someténdolas a estrictos controles en beneficio de los solicitantes de empleo.

* * *

Por otra parte, en la Unión Europea no existe una regulación de este tipo de Empresas, aunque de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se puede deducir que las acepta. El TJCE acepta cualquier Agencia de Selección de Personal tanto para directivos (Sentencia *Hofner/Elser*) como para deportistas profesionales (Sentencia *Monnier*) siempre y cuando se acredite que el Servicio Público de Empleo no está dispuesto o no es capaz de realizar íntegramente esta actividad; además, pretende eliminar cualquier control (sistema de autorizaciones) realizado a Agencias que se dediquen a la Actividad de Colocación (Sentencia *Job Centre*), quedando sin contenido cualquier regulación de los Estados Miembros en la que se impusiera alguna restricción a la hora de crear este tipo de Empresas. Desde la Unión Europea se pretende aceptar las Empresas de Selección, pero sin necesidad de someterlas a ningún tipo de control, al contrario de lo que indica la Organización Internacional del Trabajo.

Pero la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas no se puede hacer sin «una regulación protectora en el mercado laboral»²⁹. Es por tanto necesario la adopción de un régimen jurídico para las Agencias de Empleo Privadas, que controle una economía de mercado abierta y en libre competencia, y que suavice y limite la línea jurisprudencial marcada hasta el momento. Como la solución no es la de prohibir las Agencias de Empleo Privadas —y concretamente las Empresas de Selección— sería muy necesario la adopción de una Directiva Marco que regulara el régimen jurídico de la Actividad de Colocación realizada por

²⁸ ACOSTA ESTEVEZ, J. B., *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 255.

²⁹ RIVERO LAMAS, J., «La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales», *op. cit.*, pág. 58.

todas las Agencias de Empleo Privadas en la que se tuviera en cuenta la regulación de éstas llevada a cabo en el Convenio número 181 y en la Recomendación número 188 de la OIT. Aunque tal doctrina de la OIT no es vinculante para la Unión Europea, sería aconsejable que tal Directiva se orientara en la doctrina de la OIT.

III.3. Ausencia en España de una regulación normativa de este tipo de empresas

Las Empresas de Selección de Personal no cuentan actualmente con un régimen jurídico completo en nuestro ordenamiento, a pesar de la necesidad de su regulación para proteger a los trabajadores que utilicen sus servicios y controlar esta actividad. De todo el conjunto de Agencias de Empleo Privadas (AEP) que actúan en España, sólo están reguladas las Empresas de Trabajo Temporal, aceptándolas a partir del año 1994, y siendo modificada su regulación en algunas ocasiones para evitar las consecuencias negativas que estaban produciendo en el funcionamiento del mercado de trabajo³⁰. Ahora bien, la ausencia de regulación no significa que éstas no estén presentes en la realidad práctica, y que toda su actividad se considere ilícita. No se puede llegar a esta conclusión, que considero incompleta y poco acertada, ya que no sólo hay que tener en cuenta nuestro ordenamiento, sino el ordenamiento internacional y comunitario, que como ya se ha analizado, las aceptan. Pero esta ausencia de regulación plantea numerosos problemas de interpretación jurídica, que se pretenden aquí analizar.

Por el momento, la actuación de estas empresas se «controla» por los Códigos Deontológicos con los que cuenta la Asociación de Empresas de Selección para hacer posible un adecuado funcionamiento. Sin perjuicio de la importancia de estos Códigos, tienen más una función propiamente ética que técnico-jurídica, por lo que es necesaria una regulación específica del régimen jurídico de estas Agencias³¹. Por el momento, no existe regulación y de las modificaciones legislativas recientes en materia laboral no ha estado presente entre los temas prioritarios. En el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 2006 se comprometieron los agentes sociales a analizar el ámbito de actuación de las «Empresas de Recolocación», pero no hay referencias al tratamiento en

³⁰ La regulación inicial se produjo con la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994), y Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994 sobre Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1995); y las modificaciones posteriores se han llevado a cabo por la Ley 29/1999, de 16 de julio, de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999), y modificación al artículo 43 y de la Ley 14/1994 de 1 de junio, por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio de 2006).

³¹ De la Recomendación núm. 188 OIT, artículo 2.2, se deduce que los Códigos Deontológicos son muy importantes, pero a modo de complemento de la normativa existente. Señala expresamente que: «Cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional».

particular de las demás Agencias de Empleo Privadas, y concretamente de las Empresas de Selección de personal. Y como última novedad, en el programa electoral del Partido Socialista Obrero Español se trata este tema, indicando que se «regularán específicamente las empresas de intermediación y recolocación» en una nueva Ley General de Empleo, aunque no se indica nada expresamente para estas empresas. Mientras se deciden a una regulación normativa de éstas, aquí se van a plantear las diferentes cuestiones jurídicas que se plantean en relación al funcionamiento de las Empresas de Selección de Personal.

III.4. Las diferencias que presentan con otros agentes de la intermediación

Como ya se ha venido analizando, las Empresas de Selección nunca han sido reguladas en su totalidad, sólo en algunos aspectos laborales, tanto en la LBE como en la LISOS, quedando actualmente una única referencia a estas empresas en el artículo 15 del TRLISOS, referencia hoy anacrónica, pues no existe una obligación legal de informar las Empresas de Selección a los Servicios Públicos de Empleo de sus tareas para que se les pueda aplicar esta sanción en caso de incumplimiento. Sin embargo, la ausencia de legislación no puede conducir a entender como ilícita su actividad, debido a que la actuación de estas empresas en el mercado de trabajo es hoy en día una práctica más que consolidada³², y admitida tanto por el ordenamiento comunitario (TJCE)³³ como por la normativa internacional (Convenio núm. 181 OIT) ratificada por España. Se parte de la idea de que estas empresas no cuentan con una regulación expresa, y tampoco se les puede aplicar la normativa existente para otras instituciones que se encargan actualmente de la Actividad de Colocación:

— Así se podría plantear la duda de si estas empresas se podrían equiparar a las Agencias de Colocación (con fines lucrativos). En este caso se llegaría a la conclusión de que estas empresas estarían prohibidas al considerarse ilícita la actividad de las Agencias de Colocación con fines lucrativos el artículo 16.2 ET³⁴. Adelanto que aunque presentan similitudes, no se pueden equiparar las Empresas de Selección a las Agencias de Colocación con fines lucrativos, pues estas últimas se encargan de ajustar ofertas y demandas de trabajo, es decir, realizan funciones de intermediación laboral. Y sin embargo, aunque las Empresas de

³² Ya señalaba el Profesor RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. («Política de empleo y servicios de colocación», VV.AA. (Martínez Abascal, V. A., Coord.): *Política de empleo y protección social*, Ediciones Gráficas Signo, Barcelona, 1996, pág. 135, que se estaba produciendo una constante paradoja en la materia, pues a medida que van creciendo estas agencias y su uso es cada vez mayor, se produce la reducción a un mínimo de su régimen jurídico.

³³ STJCE *Höfner-Elser/Macroton* (Asunto C-41/90) y STJCE *Job Centre* (Asunto C-55/96).

³⁴ Algunos autores han puesto de manifiesto que la actuación de las Empresas de Selección ha constituido (y constituye) una excepción a la regla general de prohibición de la existencia de Agencias Privadas de Colocación. Véase VALDÉS DAL-RE, F., «Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral», *op. cit.*, pág. 264. Del mismo modo indicó GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 78, que las Empresas de Selección de Personal realizan funciones de colocación cuya finalidad es servir de encuentro a la oferta y demanda de trabajo, actividad que, a fin de cuentas, es atribuida en exclusiva al Estado.

Selección realizan una actividad muy próxima a la intermediación, invadiendo este campo³⁵ —ya que previamente a la selección, propiamente dicha, realizan una búsqueda de candidatos— no se puede considerar esta actividad simplemente encuadrada dentro de las Agencias de Colocación con fines lucrativos, y ello porque presentan varias diferencias: en primer lugar, las Agencias que se dedican a la actividad de Intermediación cuentan con su propio registro de demandantes de empleo, mientras que las Empresas de Selección realizan un proceso de búsqueda tanto interna, que se puede parecer al registro que tienen las Agencias de Colocación y los Servicios de Empleo, pero también realizan un proceso de búsqueda externa de candidatos. Por otra parte, son empresas que han nacido en el ámbito empresarial para satisfacer necesidades de determinadas empresas en un mercado de trabajo altamente especializado, por lo que la intención no es la de conseguir y ayudar a un trabajador a buscar un empleo, sino su finalidad es la de facilitar a la empresa cliente candidatos que se adecuen al perfil del puesto de trabajo que pretenden cubrir, persiguiendo principalmente una adecuada situación económica de la empresa. Así pues, las Empresas de Selección no se crean con la finalidad única de intermediar en el mercado de trabajo, sino como un instrumento capaz de ayudar a las empresas a ser más competitivas. Probablemente este tipo de empresas han ido proliferando en el mercado de trabajo debido a las limitaciones que han presentado las Agencias de Colocación creadas hasta el momento, pues además de carecer de fines lucrativos, su actividad se limita a la de ajustar ofertas y demandas de trabajo que tienen inscritas en su registro. Las Empresas de Selección ofrecen a la empresa cliente la búsqueda activa de candidatos por otras fuentes (tanto internas como externas) que les permite contar con candidatos más ajustados al perfil del puesto de trabajo solicitado, habiendo mayores posibilidades de encontrar al candidato adecuado, y además, añaden el servicio concreto de la selección basada en pruebas altamente especializadas. La conclusión a la que se puede llegar es que estas empresas realizan una actividad muy parecida a la de intermediación, aunque sus funciones se amplían con respecto a éstas. Ahora bien, las diferencias presentadas entre éstas y las Agencias de Colocación con fines lucrativos no constituyen un dato para prohibir unas expresamente y aceptar —tácitamente— las otras. La solución estaría en regular ambas, incluso permitir que una misma empresa realizase tanto la Actividad de Colocación como la actividad de búsqueda y selección de personal. Eso sí, siempre que se controlen éstas y sobre todo se respete la gratuidad de sus servicios para los «candidatos» o demandantes de empleo, aunque se pueda admitir alguna excepción como bien establece la OIT.

— Si admiten algún parecido con las Agencias de Colocación con fines lucrativos, no pasa, por el contrario, con las Empresas de Trabajo Temporal. Aunque los dos tipos de empresas se incluyen dentro del término «Agencias de Empleo Privadas», acuñado por la OIT en el Convenio número 181, las ETT van a ser, al mismo tiempo, empleador y Agencia, cuya finalidad es la de emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (Empresa Usaria) que determine sus tareas y supervise su ejecución. Es habitual

³⁵ LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL, Sevilla, 2003, pág. 84.

pensar en el ámbito empresarial que las ETT se utilizan por las Empresas como «Empresas de Selección de Personal»³⁶ para puestos menos cualificados, mientras que se utilizan las Empresas de Selección (todos los tipos) para cubrir puestos de trabajo más especializados y cuando pretenden contratar directamente al trabajador, pues no hay que olvidar que en el caso de acudir a una ETT la empresa cliente (usuaria) no va a ser el empleador, sino que es la ETT. Hay que recordar, además, que por el momento una ETT no puede realizar procesos de selección como los realizan las Empresas de Selección, pues la ley que las regula les exige dedicación exclusiva de su actividad constitutiva [art. 2.1.b) LETT]³⁷.

— Ni tampoco se pueden considerar las Empresas de Selección como Entidades Colaboradoras de los Servicios de Empleo: en primer lugar, porque las ESP persiguen ánimo lucrativo, cobrando por su actividad a la empresa cliente, y en segundo lugar, y lo que es más importante, las Empresas de Selección no se encargan de realizar el proceso de selección de los candidatos propuestos por el Servicio de Empleo, sino que tal proceso lo hacen teniendo en cuenta los candidatos que ellos previamente han buscado, y que además, en la mayoría de las ocasiones no los captan de entre los inscritos en los Servicios de Empleo.

En definitiva, la ausencia de una regulación específica de éstas y la diferenciación que presenta en las actividades que desempeña con respecto a otras instituciones que se encargan de la Actividad de Colocación y que cuentan con un marco normativo más o menos regulado en nuestro ordenamiento, lleva a plantear algunas cuestiones jurídicas para poder ir determinando los puntos débiles de su actuación y los aspectos en los que es necesario incidir de cara a un próximo régimen jurídico. Para ello se van a tratar los aspectos jurídicos en su conjunto, sin hacer una referencia expresa a cada una de las Empresas de Selección clasificadas, aunque cuando sea necesario se harán referencias específicas.

III.5. Aspectos jurídicos en las fases del proceso de selección realizadas por estas empresas

A primera vista, aunque después tenga su explicación, llama la atención que el proceso de selección de personal esté especialmente regulado en la Administración Pública y sin embargo no haya una regulación de éste para aplicar en la Empresa Privada³⁸. Ello es consecuencia de la mayor libertad en el sector privado, dejando a la negociación colectiva, que lo hace en algunas ocasiones, que determine específicamente la forma de acceso de los trabajadores a la empresa marcando las pautas a seguir en el proceso de selección. Aquí, sin embargo, no es intención explicar las limitaciones que puede encontrar el trabajador en la

³⁶ En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M.^a N., «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», *RMTAS*, núm. 48 (2004), pág. 45.

³⁷ En Francia, la cesión de trabajadores se tiene que efectuar de forma exclusiva. VIGNEAU, C., «Employment Agencies: Temporary Agency Work in France», *23 Comparative Labor Law & Policy Journal* (2001), pág. 48.

³⁸ CORRAL VILLALBA, J., *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 307.

fase previa del contrato, es decir, la regulación específica del proceso de selección que realizan las empresas, sino lo que se pretende analizar son los aspectos jurídicos que se plantean en la actividad específica de las Empresas de Selección de Personal.

Y a pesar de que no haya una regulación expresa del régimen jurídico de las ASP, no significa que el proceso de selección que realizan quede al margen de cualquier tipo de responsabilidad, pues se aplican normas generales, principalmente en lo que respecta a la protección de datos³⁹, a la discriminación en el acceso al empleo, y también tienen que respetar las cláusulas de los Convenios Colectivos que afectan a la empresa cliente⁴⁰. Por el momento, lo que interesa es poner de manifiesto los principales problemas jurídicos que se plantean:

* Así, en la fase de reclutamiento que realizan estas empresas, se puede plantear algún problema en relación al uso de las Bolsas de Empleo propias con las que cuentan estas empresas para reclutar en un primer momento trabajadores, antes de proceder a la utilización de fuentes externas. Muchas Empresas de Selección cuentan con bases de datos de currículum que les llegan por correo tradicional o electrónico, o bien de candidatos que en anteriores convocatorias de selección no fueron contratados porque no se ajustaban al perfil concreto del puesto. ¿Están estas empresas legitimadas para crear un fondo o un banco de datos sobre los candidatos? Desde el ámbito de la protección de datos de los candidatos, que es en principio la única posible limitación con la que podrían contar, se puede desprender que estas Bolsas de Trabajo serían legítimas siempre y cuando la Empresa de Selección notifique la creación de ficheros de datos de carácter personal a la Agencia de Protección de Datos (art. 26 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal LOPD), y en caso de incumplimiento se le aplicaría el régimen sancionador establecido en la misma LOPD. Sin embargo, no se exige por ley una autorización administrativa para la creación de estas Bolsas de Trabajo⁴¹.

³⁹ En un Informe realizado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) sobre la aplicación por las Empresas de Selección y Consultoras de Recursos Humanos de la normativa sobre protección de datos, se ha podido comprobar que no todas ellas se inscriben en el Registro General de Protección de Datos y que, «quizá sean precisamente las entidades agrupadas en esta categoría las que realizan un tratamiento más exhaustivo de los datos recabados pues, al contar con una larga experiencia y un alto nivel de especialización, disponen, por lo general, de potentes herramientas para la explotación de completísimas bases de datos alimentadas a lo largo de los años. A éste se añade el hecho de que, los datos se enriquecen con las impresiones subjetivas obtenidas durante la entrevista de los candidatos». AEPD, *Selección de personal a través de Internet, Plan de Inspección de Oficio. Informe de conclusiones y Recomendaciones*, 17 de noviembre de 2005, www.aepd.es, pág. 18.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 7/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) ha introducido un nuevo apartado en el artículo 17 ET (17.4) que señala que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate».

⁴¹ Véase GOÑI SEIN, J. L., «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», VV.AA. (Alarcón Caracuel, M. R.; Esteban Legarreta, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pág. 65.

También en esta fase al utilizar en muchas ocasiones el reclutamiento externo a través de las páginas Web especializadas o en anuncios en prensa, la Empresa de Selección podría ser sancionada por infracción grave en el caso de que lleven a cabo *la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado...* (art. 15.5 TRLISOS), o también ser sancionadas por *establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado*» (art. 16.2 TRLISOS).

* Es sobre todo en la realización de las pruebas de selección donde mayores problemas jurídicos se pueden presentar, principalmente relacionados con la violación de derechos fundamentales, destacando el derecho a la intimidad del trabajador y la discriminación en el acceso al empleo. Ya de entrada, el concepto de selección implica desde un principio tintes discriminatorios y ello porque las pruebas de idoneidad se tienen que basar en la *capacidad de discriminar* para que lleguen a superarlas sólo los candidatos adecuados. Ahora bien, dentro de la condición indispensable en la selección de personal de elegir a uno de entre los muchos candidatos que se han seleccionado, todos ellos tienen que contar con las mismas oportunidades para realizar la prueba (libertad de prejuicio)⁴², por lo que cumpliéndose este requisito se estaría haciendo la selección en las condiciones legales para no vulnerar el principio de igualdad establecido en la Constitución (art. 14 CE) y concretamente los artículos relacionados con la discriminación en el acceso al empleo (arts. 17 ET y 22.bis LE)⁴³. Aunque este último artículo va dirigido a los intermediarios reconocidos legalmente, también esta normativa se debe entender aplicable a las Empresas de Selección.

Por tanto, cuando en el ámbito de los Recursos Humanos se dice que las pruebas de idoneidad «deben proporcionar información que discrimine a los candidatos» significa que es necesario que una prueba no sea demasiado fácil —puesto que la superarían todos— ni demasiado difícil —pues nadie la aprobaría— para que la misma aporte información y permita diferenciar a los candidatos entre sí, siempre respetando las mismas condiciones de igualdad de acceso de los candidatos a dichas pruebas⁴⁴. En este caso se está produciendo una «discriminación» permitida.

Así, siguiendo los estudios realizados desde un punto de vista jurídico sobre la protección a la intimidad del trabajador en la fase de acceso al empleo⁴⁵, la Empresa de Selección está legitimada para conocer los antecedentes laborales del trabajador, así como el estado civil, pues se entiende que «se trata de una

⁴² CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J. L.; LLOPIS TAVERNER, J., *Los recursos humanos en la empresa, un enfoque directivo*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 142.

⁴³ Este artículo ha sido introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁴⁴ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J. L.; LLOPIS TAVERNER, J., «Los recursos humanos en la empresa», *op. cit.*, pág. 144.

⁴⁵ La autoría de los estudios aquí seguidos corresponden a GOÑI SEIN, J. L., «El respeto a la esfera privada del trabajador», *op. cit.*, y a DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

circunstancia que puede ser conocida y divulgada públicamente»⁴⁶. Sin embargo, no serían pertinentes preguntas relativas a los antecedentes penales⁴⁷, y no parecen acordes las indagaciones sobre su ideología, o en relación a la afiliación sindical o creencias.

Tampoco todos los mecanismos o «instrumentos de investigación psicológica»⁴⁸ respetan de igual modo los derechos fundamentales de los candidatos. Aunque la entrevista tiene importantes ventajas para el empresario, al conocer personalmente los rasgos de la personalidad del candidato, es muy difícil comprobar el contenido de las entrevistas y ello porque aunque se tienen que desechas las preguntas que no estén relacionadas con el puesto de trabajo a cubrir, es muy difícil controlar las pruebas antidiscriminatorias que se realizan. En definitiva, estarían admitidas todo tipo de pruebas siempre y cuando se realizaran para elegir a un candidato teniendo en cuenta sólo la actividad de la empresa y el puesto de trabajo a cubrir⁴⁹.

Por último, indicar que algunas empresas encargan también a las Empresas de Selección que les realicen a los futuros candidatos reconocimientos médicos para comprobar el estado de salud del trabajador y sobre todo si está en condiciones físicas y psíquicas para poder realizar el puesto de trabajo para el cual se va a seleccionar. Desde un punto de vista jurídico, sólo se permite realizar un reconocimiento médico previo a la admisión al trabajo cuando los trabajadores van a cubrir puestos con riesgos de enfermedad profesional (art. 196 LGSS). En los demás casos, el deber de vigilancia de la salud se refiere a la posibilidad de realizar reconocimientos médicos una vez incorporado el trabajador en el puesto de trabajo. Esto significa que, según la normativa vigente, queda prohibido el examen médico preventivo antes de la formalización del contrato de trabajo y que sirva para seleccionar a los trabajadores⁵⁰, aunque la jurisprudencia viene admitiendo los reconocimientos previos al desempeño de un puesto de trabajo siempre que estén justificados «a la constatación de que el aspirante reúne las condiciones psicofísicas que precisa el normal y pleno desarrollo del contenido funcional específico de cada puesto de trabajo... El empresario ha de disponer del margen de discrecionalidad que le otorga o es inherente al ejercicio de sus funciones directivas y organizativas, debiendo aceptarse sus decisiones al respecto siempre que resulten proporcionadas por obedecer a criterios objetivos y razonables en función

⁴⁶ DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho del trabajador al respeto de su intimidad», *op. cit.*, pág. 95.

⁴⁷ Se indica que «aunque no hay un tratamiento específico de esta materia si bien podríamos encuadrar las averiguaciones sobre antecedentes penales “no pertinentes” en un tratamiento discriminatorio para acceder al empleo que tienen su causa en la condición social de la persona [art. 4.2.c) y 17 ET] en íntima conexión con lo dispuesto en el artículo 25 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social”. Véase DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho del trabajador al respeto de su intimidad», *op. cit.*, pág. 95.

⁴⁸ DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho del trabajador al respeto de su intimidad», *op. cit.*

⁴⁹ BURGOS GINER, M.^a A., «Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo», *TS*, núm. 159, marzo (2004), pág. 27.

⁵⁰ Para un estudio del examen médico preventivo, véase RIVERO LAMAS, J.; DE VAL TENA, A. L., «Artículo 22. Vigilancia de la salud», VV.AA. (Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M.^a N., Dirección): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, pág. 207 y ss.

de la naturaleza del trabajo y las circunstancias en que ha de prestarse»⁵¹. Es decir, se admiten tales reconocimientos médicos excluyéndose en este caso la presencia de un móvil discriminatorio. Además, en la práctica se producen estos reconocimientos médicos, bien encargándose las Empresas de Selección con personal especializado, o bien encargándolo la empresa directamente, siendo las empresas con mayores recursos y dimensiones las que disponen de más medios para poder realizar exámenes de admisión a los trabajadores, y tras un minucioso examen médico suelen contratar a los trabajadores más adecuados a los puestos de trabajo a cubrir y en perfectas condiciones físicas⁵².

Así pues, ante una falta de regulación específica, por el momento, si una Empresa de Selección realiza cualquier tipo de prueba discriminatoria podría ser sujeto infractor, según lo señalado en el artículo 16.2 TRLISOS, y además el propio candidato puede iniciar un proceso en reclamación de tutela de derechos fundamentales, no sólo contra la empresa cliente sino también contra la Empresa de Selección, y también reclamar la indemnización de daños por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del trabajador, según lo establecido en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho Civil al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

III.6. El contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la Empresa Cliente

Al no existir una regulación expresa de las Empresas de Selección de Personal, se tiene que acudir a la doctrina judicial para determinar, en primer lugar, cuál es la relación jurídica existente entre la Empresa de Selección y la Empresa Cliente, que es la que contrata los servicios de esta Empresa. Por este motivo, no se hará referencia al candidato, pues no existe ningún vínculo jurídico entre éste y la Empresa de Selección. Y, en segundo lugar, determinar los problemas que se han ido planteando en relación al incumplimiento del contrato por alguna de las partes que intervienen en dicha relación jurídica.

— Es unánime considerar que el denominado en muchas ocasiones por la doctrina judicial «Contrato de selección de personal» se incluye en la categoría del contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el artículo 1.544 del Código Civil, pues ha rechazado considerarlo como un «contrato de obra»⁵³,

⁵¹ STSJ Madrid, núm. 766/2004 (Sala de lo Social), de 20 de septiembre (JUR 2004/277909).

⁵² PANZANI, L., «Riforma del collocamento e legislazione», VV.AA., *Riforma del collocamento e mercato del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1981, pág. 43.

⁵³ Concretamente, el «resultado mínimo que debe alcanzarse en una selección de personal consiste en, a su vez, una mínima satisfacción de las expectativas del cliente o, dicho de forma negativa, que el candidato no resulte totalmente inepto para la función...» [SAP Madrid, núm. 303/2005 (Jurisdicción Civil) de 30 de mayo (JUR 2005/173227)]. Así pues, al considerar el contrato de selección un contrato de servicios, la obligación de la Empresa de Selección es de medios, es decir, ésta se compromete a prestar una actividad —actuación diligente— considerada en sí misma y tendente a conseguir, es decir, se obliga a la adopción de medidas adecuadas, normalmente conducentes a su atención. Sin embargo, en el contrato de obra se puede definir como un contrato en el que el deudor compromete una actividad dirigida a la obtención de un resultado en sentido

como un «contrato de adhesión»⁵⁴, y en otras ocasiones como un «contrato de mandato»⁵⁵. Y tampoco se ha planteado en ningún momento que el contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la empresa cliente sea nulo por estar prohibida en el ordenamiento laboral la causa del contrato, es decir, la colocación con fines lucrativos. Más bien ha sucedido al contrario, se ha justificado su actuación⁵⁶. Así, pues, todos los litigios planteados en la Jurisdicción Civil versan sobre aspectos acerca del cumplimiento de determinadas cláusulas del contrato por las partes, como ahora se analizará.

El «Contrato de selección de personal» celebrado entre la empresa cliente y la Empresa de Selección (en todas sus modalidades) es un contrato de arrendamiento de servicios, al encajar la definición de éste en el contenido del «Contrato de selección de personal». Así, se puede definir el contrato de arrendamiento de servicios como aquel contrato mediante el cual una de las partes se compromete a realizar una determinada actividad a favor de otra persona, por un precio cierto y por un tiempo fijado de común acuerdo por los contratantes. En esta definición encaja perfectamente el Contrato de selección de personal. Así, aunque en el contrato de arrendamiento de servicios rige la libertad de forma, sería conveniente que se realizara siempre en este caso —para el contrato de selección de personal— por escrito, para evitar problemas posteriores de determinación de la existencia de tal contrato⁵⁷. Un dato a tener en cuenta

meramente material, en el que la entrega de la cosa es la restitución es en sí el resultado. Para un estudio de las diferencias entre este tipo de contratos, véase TRIGO GARCÍA, M.^a B., *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, pág. 86 y ss.; VAQUERO PINTO, M.^a J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de un modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, págs. 10-161.

⁵⁴ La SAP Madrid, núm. 414/2004 (Jurisdicción Civil) de 4 de julio (AC 2004/1604) no declara nulo un contrato de selección de personal al no entender que éste se trata de un contrato de adhesión que contiene cláusulas abusivas. «No es un contrato de adhesión, pues éste es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de aceptar el contenido que con carácter inmodificable se da en el contrato».

Es acertado el fallo de la sentencia, pues además se puede comprobar del análisis práctico realizado que a la empresa cliente le llega primero una oferta de colaboración que puede ser modificada antes de firmar el contrato.

⁵⁵ La SAP Asturias, núm. 350/2003 (Jurisdicción Civil) de 12 de septiembre (JUR 2004/15788) se limita a señalar que «aunque las partes firmen un contrato de mandato, es un contrato de arrendamiento de servicios, por lo que se hace éste», pero no explica por qué «el contrato de selección de personal» no es un contrato de mandato.

Aquí también se mantiene esta posición, es decir, no se puede encuadrar en el contrato de mandato, y ello porque la empresa de selección ni actúa en nombre propio pero por cuenta de la empresa cliente, ni tampoco obra en nombre y representación de la empresa cliente, que en este caso además sería mandato representativo.

⁵⁶ La SAP Madrid, núm. 303/2005 (Jurisdicción Civil) de 30 de mayo (JUR 2005/173227) señala que «la selección de personal de alta dirección es una actividad especialmente cualificada, siendo ésta la razón por la que las empresas contratan a consultores especializados».

⁵⁷ La SAP Barcelona, núm. 320/2005 (Jurisdicción Civil) de 19 de mayo (JUR 2005/177670) considera que un contrato de selección de personal celebrado verbalmente se considera un contrato de servicios, pues en este caso en concreto cumple todos los requisitos para ser considerado contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, en otro caso distinto, la SAP núm. 451/2002 (Jurisdicción Civil), de 25 de octubre (JUR 2003/42084) considera que «de la simple tenencia de currículos por parte de la empresa de selección, no se demuestra que haya una relación contractual entre el cliente y la Agencia de Selección, es decir, un contrato de arrendamiento de servicios».

a la hora de resolver litigios sobre el «contrato de selección de personal», es que, a pesar de que se califica como un contrato de arrendamiento de servicios, cuando se interpretan las cláusulas específicas del contrato de selección, el juez se basa principalmente en la buena fe y en los usos del sector⁵⁸.

En definitiva, aunque se puede incluir dentro de la categoría general de contrato de arrendamiento de servicios, lo cierto es que se viene denominando «contrato de selección de personal», produciéndose una tipificación extralegal, siendo necesario que el legislador lo tipificara⁵⁹.

Desde un punto de vista práctico, siguiendo la doctrina judicial, se pueden extraer cuáles son los principales litigios que surgen por el incumplimiento de tal contrato:

— En primer lugar, se produce un incumplimiento en relación a la obligación por parte de la Empresa de Selección de realizar una actividad a favor de la empresa cliente, que consiste en presentar a la empresa que contrata los servicios el candidato/s que reúna/n el perfil solicitado. Sin embargo, esta obligación no concluye aquí, sino que tiene que garantizar el seguimiento del candidato una vez contratado para que la empresa cliente pueda cambiar al candidato ya contratado en el caso de que éste no sea idóneo por defectos en el proceso de selección o falta de aptitud comprometiéndose gratuitamente la empresa a «reanudar los esfuerzos de reclutamiento y selección hasta agotar razonablemente las posibilidades de satisfacer al cliente»⁶⁰, teniendo en cuenta que esta garantía es de carácter temporal, a veces coincidente con el período de prueba, y en ocasiones llega a ser hasta de un año. La doctrina judicial ha manifestado que en el caso de que la Empresa de Selección cumpla con la obligación de enviar al candidato, y sea éste el que no se presenta, tiene la obligación de cumplir la cláusula de garantía del contrato proponiendo nuevos candidatos⁶¹.

La Empresa de Selección tiene también la obligación de realizar el servicio de búsqueda y selección, y lleva aparejada la obligación de poner la diligencia necesaria en la actividad comprometida, diligencia que en estos casos —entiende la doctrina judicial— «ostenta una particular intensidad en virtud de la forma en que se publica acorde con su prestigio en el sector y de las concretas obligaciones asumidas más allá de la mera preselección de los candidatos y puesta en contacto con la Empresa Cliente, que, en definitiva, es la que decide a quien va a contratar»⁶². Un supuesto en el que se considera que no se ha llevado a cabo un cumplimiento de la obligación de forma diligente es cuando la Empresa de Selección «descuida los rigurosos criterios de selección que se contemplan en el contrato, lo que determinó... que el empleado se revelara inmediatamente como no idóneo para el puesto a cubrir...»⁶³.

⁵⁸ SAP Madrid, núm. 510/2004 (Jurisdicción Civil), de 31 de marzo (JUR 2004/248285).

⁵⁹ Para un análisis de los tipos extralegales de contratos, véase ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Estudio Preliminar por Gil Cremades, J. J., última edición en Comares, Granada, 2004, pág. 393.

⁶⁰ SAP Madrid (Jurisdicción Civil), de 11 de febrero de 2002 (JUR 2002/120466).

⁶¹ SAP Girona, núm. 96/2004 (Jurisdicción Civil), de 17 de marzo (JUR 2004/120951).

⁶² SAP Madrid, núm. 303/2005 (Jurisdicción Civil) de 30 de mayo (JUR 2005/173227).

⁶³ STS de 30 de enero de 1987 (Jurisdicción Civil) (RJ 1987/366).

Por último, la obligación de realizar la actividad de búsqueda y selección tiene que respetar el principio de buena fe, por lo que si se prueba que la ESP utiliza la información proporcionada de una empresa durante el proceso de selección para captar trabajadores de la empresa realizando tareas de *Head-Hunting*, se puede en este caso exigir reclamación de cantidad⁶⁴.

— En segundo lugar, en relación a la obligación de la empresa cliente de pagar un «precio cierto», se puede destacar que el pago del precio viene determinado por lo pactado por las partes y habrá de referirse a la cantidad y a la forma de hacerlo, entrega que se puede hacer en una sola vez o por períodos de tiempo convenidos, como ya se ha analizado anteriormente. También se analizó que este precio viene fijado en la mayoría de las ocasiones teniendo en cuenta un porcentaje en función del salario bruto anual del candidato, que a medida que el puesto a cubrir es más especializado, el precio a pagar aumenta. Ahora bien, en el caso de que no esté fijado el precio por las partes, el juez lo determina basándose en la costumbre al indicar que «el importe reclamado ha de considerarse ajustado y acorde a los precios que en la actualidad se vienen satisfaciendo por la prestación de unos servicios como los que son objeto de reclamación en este procedimiento de selección de personal»⁶⁵. Además, la doctrina judicial ha señalado que en el caso de resolución unilateral del contrato, la empresa cliente está obligada a pagar los honorarios fijados por la ESP⁶⁶; y en el caso de despido por parte de la Empresa cliente en el que el motivo no haya sido la falta de rendimiento o incompetencia, la empresa cliente de igual modo está obligada a pagar los honorarios fijados en el contrato⁶⁷. También se fija en el contrato, cuando se ha acudido a un anuncio publicitario para expandir la oferta, que ésta la pague la Empresa Cliente, aunque previamente tiene que estar consentida por ésta, y en el caso de que se publique la oferta en otros medios no pactados, el cliente no tiene la obligación de pagarlos⁶⁸.

Por último, y relacionado con la obligación de pagar un precio cierto por parte de la empresa cliente, es necesario destacar una cláusula en relación a las Empresas *Head-Hunting*. Se ha considerado válida por la doctrina judicial⁶⁹ la cláusula incluida en el «contrato de búsqueda de ejecutivos» que señala que si alguno de los candidatos presentados por la empresa *Head-Hunting* fuera reclutado para algún otro puesto desde la firma de este contrato hasta el final de dos años siguientes a su término, la empresa *Head-Hunting* facturaría en concepto de honorarios suplementarios un 21 por 100 de la remuneración total pactada con cada candidato. Se ha admitido y se ha justificado este tipo de cláusulas al considerar que «son habituales en esta clase de contratos ya que precisamente el objeto de los mismos es la búsqueda y presentación de directivos, de manera

⁶⁴ SAP Madrid, núm. 510/2004 (Jurisdicción Civil) de 31 de marzo (JUR 2004/248285).

⁶⁵ SAP Madrid, núm. 448/2005 (Jurisdicción Civil) de 26 de julio (JUR 2005/206842).

⁶⁶ SAP Madrid, núm. 510/2004 (Jurisdicción Civil) de 31 de marzo (JUR 2004/248285).

⁶⁷ En este caso en concreto se ha probado que el despido no se ha debido a una falta de rendimiento o incompetencia, sino que «obedece a su actitud crítica con el proyecto empresarial y desinhibida respecto a sus subordinados, y además es contratado inmediatamente en una empresa del sector», SAP Cádiz, núm. 166/2004 (Jurisdicción Civil) de 22 de noviembre (JUR 2006/23347).

⁶⁸ SAP Asturias, núm. 350/2003 (Jurisdicción Civil) de 12 de septiembre (JUR 2004/15788).

⁶⁹ SAP Barcelona, núm. 680/2004 (Jurisdicción Civil), núm. 680/2004, de 15 de noviembre (AC 2004/2172).

que la misma no pueda ser aprovechada sin contraprestación para la empresa asesora por parte de quien contrata sus servicios». Además, argumenta su validez porque se ha pactado de forma expresa después de una negociación entre las partes y por tanto se ha aceptado tal cláusula con pleno conocimiento y consentimiento de la otra parte contratante, al amparo del principio de autonomía de la voluntad. En estos casos, cuando la Empresa cliente acude a un *Head-Hunting* para que busque y seleccione un alto directivo, la empresa, consciente del elevado coste de estos servicios, también previene el posible abandono del «trabajador», y para ello pacta por escrito, según lo establecido en el artículo 21.4 ET la permanencia en la empresa durante un período de tiempo, que en el caso de que el trabajador lo incumpla, el empresario tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

— En tercer lugar, y como última obligación que deriva del contrato de selección de personal, tal proceso se tiene que llevar a cabo con celeridad, fijando un plazo en el contrato, teniendo derecho la empresa cliente en caso de incumplimiento a la devolución de lo pagado⁷⁰. Sin embargo, en algunas ocasiones se plantea el problema de delimitar cuándo se ha producido un incumplimiento de esta obligación por parte de la Empresa de Selección cuando simplemente se pacta en el contrato que tal proceso de selección se hará «en el plazo más breve posible». La doctrina judicial ha determinado en una ocasión que se había producido un incumplimiento del contrato al durar el proceso de selección un año y dos meses y que este plazo no era el «más breve posible»⁷¹.

Se propone en este estudio que en el caso en el que no se haya determinado expresamente la duración del contrato o que se entienda que no se ajusta a un tiempo estimado como breve, se tome como orientación una referencia existente en la normativa actual, en relación a la duración del contrato de interinidad por vacante (art. 15.1.c ET). Así, en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada, señala que la duración del contrato que sirva para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante un proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, la duración no podrá ser superior a la de tres meses, fecha que se podía tomar como límite para cumplir la obligación de celeridad del proceso que exige este contrato.

III.7. Régimen sancionador aplicable

En el TRLISOS, en la sección 3.^a, sobre las infracciones en materia de empleo, se encuentra una subsección (1.^a) que trata a su vez de las *infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional*. Así, los sujetos infractores directos son los empresarios y, como intermediarios, únicamente las Agencias de Colocación, al no extenderse esta rúbrica a otros Agentes de Empleo. Sin embargo, esto no significa que no pueda haber otros «sujetos infrac-

⁷⁰ SAP núm. 30/2003 (Jurisdicción Civil), de 30 de septiembre (JUR 2003/258454).

⁷¹ SAP Madrid (Jurisdicción Civil), de 11 de febrero de 2002 (JUR 2003/120466).

tores indirectos» pues el artículo 2.3 del TRLISOS recoge una cláusula lo bastante abierta como para incluirlos al señalar que pueden ser sujetos infractores de la sanción, entre otros, «las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación»⁷². Por lo que pueden ser también sujetos infractores las Empresas de Selección de Personal. Para tener una visión más específica de este tema, se van a analizar de forma individualizada las infracciones previstas en el TRLISOS, que se realiza a continuación:

— **Se considera infracción grave «no informar a las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo» (art. 15.1 TRLISOS).**

La desregulación de las Empresas de Selección de Personal es hoy en día una realidad, pues únicamente queda este precepto que además es imposible de aplicar, a pesar de que se haya aquí mantenido una concepción flexible de la tipificación legal.

La normativa sustantiva y sancionadora en materia de Empresas de Selección de Personal ha ido descendiendo hasta ser prácticamente inexistente. Así, si se recuerda, la LISOS 88 consideraba infracciones leves «no hacer constar en los anuncios que hagan las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores el número de la oferta en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta» (art. 26.3) y «hacer publicidad de una oferta de trabajo sin que haya sido visada previamente por el Instituto Nacional de Empleo», y consideraba infracciones graves «no comunicar a la Oficina de Empleo, con carácter previo, la convocatoria pública para celebrar pruebas objetivas de acceso a la empresa» y «no informar las empresas de selección de sus tareas al Instituto Nacional de Empleo». En el actual TRLISOS se volvió a incluir solamente esta última infracción considerándola también como infracción grave. La diferencia con respecto a la antigua LISOS 88 es que actualmente este precepto es inaplicable, pues la normativa sustantiva en la que se determinaban las obligaciones de las Empresas de Selección con el Servicio de Empleo han desaparecido, obligaciones que derivaban del control de la Actividad de Colocación por el INEM, y que queda hoy sin contenido al admitirse la contratación directa.

Así que hoy por hoy, esta infracción no se aplica y solamente entraría en juego el Derecho Administrativo Sancionador para estas Empresas de Selección en el caso de que se puedan aplicar otros preceptos en materia de empleo regulados en el TRLISOS, sin perjuicio de que determinadas actuaciones se puedan impugnar por otras vías (responsabilidad civil). Es por tanto necesario reformar todo el régimen de colocación y regular un nuevo Derecho Administrativo Sancionador. En lo que respecta a las Empresas de Selección de Personal, una de las infracciones que se deberían contemplar sería la falta de actuación sin autorización o llevar a cabo una actividad lucrativa sin respetar los límites legales impuestos en la normativa que regule estas Empresas; y además, se deberían regular las obligaciones de las Empresas de Selección con el Servicio de Empleo y sancionar, por tanto, los incumplimientos de tales obligaciones.

⁷² En este sentido, véase MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., «El régimen jurídico sancionador en materia de empleo jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000», *JL*, número extraordinario (2001), pág. 174.

Es infracción grave «la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan las condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente» (art. 15.5 TRLISOS).

Las infracciones establecidas en el TRLISOS en materia de publicidad van en la línea establecida en el Convenio número 181 OIT y concretamente en la Recomendación número 188 que señala en su artículo 7 que: «La autoridad competente debería reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos incluidos aquellos para empleos inexistentes».

Los sujetos infractores en este caso no sólo van a ser los empresarios y las Agencias de Colocación sino que también se extiende según señala el artículo 2.3 del TRLISOS a todas las personas físicas y jurídicas respecto de la normativa de colocación. Así pues, el sujeto infractor, es decir, el sujeto pasivo, puede ser cualquiera, tanto terceros que dan publicidad de una oferta de empleo⁷³, como los propios empresarios. Hay que advertir que en este momento se va a hacer un análisis de las infracciones en materia de publicidad de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas, sin olvidar que también se analizará esta infracción cuando se estudien las infracciones que en materia de empleo puedan cometer los empresarios.

Se puede entender que aquí se incluye cualquier tercero que publique por cualquier medio la difusión de ofertas engañosas (irreales) bien ilegales, o bien abusivas, por lo que quedarían aquí incluidas las Empresas de Selección de Personal.

Se puede llegar a pensar que cuando un tercero publique ofertas engañosas o irreales, bien ilegales o bien abusivas, lo haga bien porque desconoce que estas ofertas son engañosas al limitarse a publicar la oferta que ha hecho el empresario, o bien lo hace de forma intencionada, es decir, sabiendo que la publicidad de la oferta de empleo es engañosa. El precepto no llega a diferenciar si la publicación de tales ofertas engañosas es intencionada o no, por lo que todo indica que cualquier publicidad, independientemente de la intencionalidad o no, se consideraría como un comportamiento infractor, que recaería en la persona que ha realizado la publicidad, independientemente de si ha sido otra persona (normalmente el empresario) el que ha inducido a tal publicidad. En este caso se podría sancionar tanto al medio publicitario (ejemplo, Agencia virtual de empleo, periódico) como al empresario. Tampoco parece que el citado precepto requiera que para que una determinada conducta se pueda considerar como infracción administrativa se tenga que realizar de forma habitual, pues cabe infracción en el caso de que la publicidad de ofertas engañosas por cualquier medio se realice de forma esporádica, incluso se haya realizado una sola vez.

⁷³ Sin embargo, hay opiniones contrarias al señalar que: «Aspecto muy discutible es si las empresas anunciantes pueden quedar incluidas debido a que la conducta infractora se refiere a la publicidad o difusión, posibilidad que se debe entender disipada, ya que ni el artículo 2 del TRLISOS ni la Subsección 1.^a se refiere a otros empresarios que a los laborales». Véase CISNEROS LARRODÉ, R., «Artículo 16», VV.AA., *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, pág. 288.

— Se considera infracción muy grave: «*ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el servicio público de empleo*» (art. 16.1 TRLISOS).

En este precepto no sólo hay una modalidad de comportamiento infractor sino varias, pero aquí se va a analizar solamente la infracción por «Ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la colocación de trabajadores», pues es la que puede afectar a las Empresas de Selección de Personal.

No tiene sentido aplicar este precepto por el simple hecho de que una Consultora realice la actividad de selección cuando está permitida en la práctica y además la doctrina judicial (jurisdicción civil) la viene admitiendo. Ahora bien, sí se podría aplicar este precepto en el caso de que este tipo de Empresas lleven a cabo una labor de Intermediación cobrándole al trabajador por los servicios prestados. Así también lo mantiene la doctrina judicial al considerar infracción muy grave tipificada en el antiguo artículo 28.1 LISOS (actual art. 16.1 TRLISOS) la actuación de una Empresa de Selección al constatarse la realización de actividades de mediación en la Colocación, careciendo de autorización administrativa y con finalidad lucrativa, pues se comprobó que existían facturas expedidas a los usuarios por dicho concepto y por la difusión de la actividad de Agencia de Colocación a través de anuncios publicados en una revista y expuestos en los escaparates del establecimiento de la empresa, tendentes a la captación de clientes oferentes de su trabajo como demandantes de empleo así como a las empresas demandantes de trabajadores. Además, las personas interesadas en encontrar trabajo a través de la empresa se inscribían en una especie de bolsa de trabajo abonando la cantidad de 500 pesetas, habiéndose comprobado la existencia de facturas expedidas a los usuarios por la actividad desarrollada y recibían a cambio información sobre posibles colocaciones⁷⁴. Por tanto, en esta Sentencia no se pronuncia sobre si la actividad de selección tendría cabida en este tipo (art. 16.1 TRLISOS), sino que simplemente se comprueba que dicha Empresa de Selección realiza actividades de mediación y no de selección, y por tanto éstas quedan sancionadas.

Esto significa que si una Empresa de Selección realiza simplemente una actividad de Intermediación y además cobra al demandante de empleo por estos servicios, esta actividad sería considerada como infracción muy grave al realizar tareas de mediación con fines lucrativos y se le aplicaría por tanto la sanción prevista para esta infracción tipificada en el artículo 16.1 TRLISOS. Así, se ha aplicado tal precepto en un caso en el que realizaba una actividad de Intermediación con ánimo lucrativo, a pesar de que utilizaba el nombre de Empresa de Selección para cubrir su legalidad. También se ha considerado infracción el

⁷⁴ STSJ País Vasco, núm. 91/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de enero, JUR 2000/230858.

cobrar a un demandante de empleo 1.000 pesetas por la cuota de inscripción en tal «agencia» y en el caso de que encontrara trabajo, una vez superado el período de prueba, se le cobraba una cantidad de 10.000 pesetas al cobrar su primera nómina, ya que «el servicio cuesta 25.000 pesetas, de las que 15.000 pesetas las paga el empresario y 10.000 el trabajador»⁷⁵.

Y ante la falta de un precepto que se ajuste a la realidad, los problemas se acentúan en determinados aspectos que, aunque prohibidos en la norma, han sido aceptados. Es el caso de las polémicas «Empresas de selección del servicio doméstico», que realmente son Agencias de Empleo Privadas que se encargan de la actividad de Intermediación en el mercado de trabajo. La falta de regulación de las Empresas de Selección y, sobre todo, la falta de delimitación entre estos dos tipos de actividad, ha dado lugar a que en este caso en concreto se den soluciones distintas a casos que se tendrían que resolver de forma idéntica: es decir, ante una actividad de Intermediación de una Agencia especializada en el servicio doméstico sin estar autorizada y además, cobrando —indistintamente al trabajador y al empresario— por los servicios prestados, se plantea el problema de determinar si este tipo de Empresas están permitidas. Aunque es absolutamente necesaria una regulación al respecto, la solución estaría, en principio en aceptar este tipo de Agencias a pesar de que el Decreto que desarrolla esta relación laboral de carácter especial prohíbe la existencia de Agencias de Colocación con fines lucrativos. Esta interpretación se justificaría en la aceptación de éstas en la normativa internacional (Convenio núm. 181 OIT) y en la aceptación por la doctrina judicial (jurisdicción civil) cuando se ha interpuesto una demanda de reclamación de cantidad. Ahora bien, en el caso en el que el ánimo de lucro de esta Actividad de Colocación repercutiera en el trabajador, se aplicaría la sanción por haber sido sujeto infractor al realizar una actividad de mediación con fines lucrativos. Esta interpretación no es la que se ha llevado a cabo en una Sentencia, ya que considera la prestación de los servicios de una Empresa de Selección que cobra a un particular (empresario) por los servicios de contratación de una trabajadora de nacionalidad peruana, como una mediación con fines lucrativos en el mercado de trabajo contraria a la norma sustantiva vigente en este momento y por tanto considerando tal comportamiento como un ilícito administrativo tipificado en el artículo 28.1 LISOS (actual art. 16.1 TRLISOS) pues no se han probado las alegaciones de la empresa sancionada al indicar que la cantidad percibida del cliente lo fue en contraprestación a la mera selección de una persona susceptible de ser empleada para el servicio doméstico, que como actividad selectiva quedaba diferenciada de la prohibición en el propio artículo 16.2 ET⁷⁶.

— **Constituye infracción muy grave «establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de**

⁷⁵ STSJ Madrid, núm. 669/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de abril, JUR 2004/166994.

⁷⁶ STSJ Madrid, núm. 826/1995 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de septiembre, RJCA 1995/944.

raza, sexo, edad, estado civil⁷⁷, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado» (art. 16.2 TRLISOS).

Esta infracción puede, en principio, parecer semejante a la prevista en el artículo 15.5 del TRLISOS que considera infracción grave: *La publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación...*». Sin embargo, una misma persona puede infringir ambos preceptos de forma simultánea, pues no toda publicidad engañosa del puesto de trabajo tiene que ser discriminatoria y por otro lado, una oferta de empleo discriminatoria puede perfectamente responder a las reales condiciones del puesto ofertado y no contener condiciones contrarias a la normativa de aplicación. Son dos tipos de infracciones diferentes, que pueden concurrir o no al mismo tiempo en una misma persona.

Aquí el estudio se va a centrar en el análisis del artículo 16.2 TRLISOS, aunque es conveniente indicar que la tutela antidiscriminatoria en materia de acceso al empleo y concretamente en materia de colocación no se agota aquí, ésta es una posible vía para impugnar una conducta discriminatoria, que, como ahora se comprobará, no cubre todas las posibles conductas discriminatorias en materia de acceso al empleo.

En relación a qué instrumentos son los que pueden provocar la difusión de una conducta discriminatoria, parece que puede ser cualquier medio, tanto verbal como escrito⁷⁸. Sin embargo, la cuestión a analizar, debido a la poca claridad del precepto, es la delimitación de los sujetos activos de este tipo infractor. Si se tiene en cuenta la norma sustantiva, las únicas referencias que directamente hacen alusión a terceros que se encargan de la Actividad de Colocación están, por un lado, en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 735/1995, por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo (RDAC), al señalar que «dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad de acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado, y además indica que una de las condiciones de actuación de dichas Agencias es «garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad de acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 ET» (art. 2.2. RDAC); y por otro lado, en la Ley de Empleo, al señalar, que «la intermediación laboral realizada por los Servicios Públicos de Empleo y las agencias de colocación así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras Entidades Colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación garantizándose la plena

⁷⁷ Ya criticaba el Profesor GARCÍA BLASCO, J. (*Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 141) la falta de inclusión en la LISOS 88 de ciertas circunstancias como el estado civil, que ya ha quedado resuelto tras su inclusión en el TRLISOS.

⁷⁸ MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo», *op. cit.*, pág. 326.

transparencia en el funcionamiento de los mismos» (art. 22.2 LE). Y se ha incorporado un nuevo artículo (art. 22.bis)⁷⁹ sobre la discriminación en el acceso al empleo, pero va dirigido únicamente a los Agentes de la Intermediación previstos en la LE.

Todos estos preceptos se ajustan a lo establecido en la Organización Internacional del Trabajo, concretamente al Convenio y Recomendación número 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, que obliga a los Estados miembros a asegurar la aplicación de la política de igualdad en la Actividad de Colocación que dependa de una autoridad nacional. Sin embargo, al no haber una regulación sobre las Agencias de Empleo Privadas (excepto de las Empresas de Trabajo Temporal), tampoco existe una regulación específica en materia de discriminación, y al no haber un control específico sobre éstas, hace que sean más vulnerables en esta materia.

Pero al margen de que en la normativa sustantiva se refiera sobre todo a la discriminación llevada a cabo por los Agentes de la Intermediación previstos legalmente, la interpretación más adecuada de este precepto es que se aplique a cualquiera que lleve a cabo una conducta discriminatoria, por lo que no sólo serían sujetos activos los intermediarios previstos legalmente, sino el resto de Agencias de Empleo Privadas, por lo que este precepto se podría aplicar a las Empresas de Selección de Personal. Esta argumentación tiene su justificación tanto en el artículo 4.2.c) ET, que recoge como uno de los derechos de los trabajadores el no ser discriminados para el empleo por razones de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como razón de lengua dentro del Estado español⁸⁰; y también en el Convenio número 181 OIT al señalar que «con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo miembro velará por que las Agencias de Empleo Privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad».

Pero aunque se ha interpretado que el sujeto activo de este tipo infractor puede ser cualquiera, incluyendo aquí a las Empresas de Selección de Personal, es necesaria una modificación completa del régimen jurídico de la Colocación, tanto de la normativa sustantiva como de la normativa sancionadora⁸¹. Este precepto no es completo, pues hay determinadas conductas que no se podrían

⁷⁹ Introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

⁸⁰ Sin embargo, aquí no se hace referencia al artículo 17 ET, ya que este precepto protege la no discriminación en las relaciones laborales como un derecho derivado del contrato. Y en este caso se está analizando la discriminación en el acceso al empleo, y no como un derecho derivado del contrato, por lo que este precepto sólo se aplica a partir del momento en el que nace el contrato, y no en los estados previos a éste.

⁸¹ De hecho, en la reciente LOIMH se determinan las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias, entre las que se encuentra el establecimiento de un «sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias», que por el momento, como se ha puesto de manifiesto, no existe de forma completa.

sancionar. Si se tiene en cuenta la normativa internacional, la discriminación se puede provocar por otras conductas que no están tipificadas en este precepto, como es la discapacidad, la situación conyugal o familiar y la orientación sexual, a las que sí se refiere la OIT (Recomendación núm. 188)⁸² y la Unión Europea (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación)⁸³. Es necesario incluirlas en la nueva regulación del régimen jurídico de la Colocación. Ahora bien, en el caso que los demandantes de empleo hayan sido objeto de discriminación basada en la discapacidad o en la orientación sexual o en la situación conyugal o familiar, pueden denunciar tal discriminación por otros medios, pues su tutela se realizará ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento sumario y preferente, que en el ámbito laboral, de acuerdo con el artículo 181 LPL, se realiza a través de la modalidad procesal de «tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales» que se ha admitido como idóneo para proteger discriminaciones que se puedan producir en los momentos previos a la contratación laboral⁸⁴. Y, una vez agotados los cauces ante la jurisdicción ordinaria, queda abierta la vía del recurso de amparo en los términos previstos en la ley.

Además de ser necesario modificar el derecho sancionador en materia de discriminación, se podrían incorporar otros medios para completar la tutela antidiscriminatoria. Para ello se propone, como lo viene haciendo la OIT⁸⁵ y algunos países, establecer organismos que examinen las denuncias en materia de empleo, creando, por Comunidades Autónomas, una comisión contra la discriminación en materia de empleo de carácter tripartita formada por un presidente independiente y otros representantes nombrados por el Gobierno y representantes de los empleadores y sindicatos. Ésta sería una vía adecuada para examinar si en un determinado acto se puede presumir que hubo discriminación para posteriormente realizar una investigación más a fondo del caso.

* * *

⁸² Esta Recomendación señala en su artículo 9 que: «se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las agencias de empleo privadas que formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores».

⁸³ Esta Directiva tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación».

⁸⁴ VV.AA. (Rodríguez-Piñero Royo, M., director; Morales Ortega, J. M.; Calvo Gallego, F. J., coords.): «Lecciones de Derecho del Empleo», *op. cit.*, pág. 260.

⁸⁵ El artículo 4 de la Recomendación núm. 111 OIT señala que: «Se deberían crear organismos apropiados, asistidos, donde fuera posible, por comisiones consultivas compuestas de representantes de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, cuando dichas organizaciones existan, y de otros organismos interesados, con el fin de promover la aplicación de esta política en todos los sectores del empleo público y privado...». En Australia se han creado Comisiones contra la discriminación en materia de empleo, de ámbito federal y de ámbito estatal. Véase OIT, *Cómo combatir la discriminación en el empleo*, Ginebra, 1975, pág. 16.

Una vez analizados la normativa sancionadora del TRLISOS, también es necesario determinar si la actuación de las Empresas de Selección de Personal podría ser considerada en alguna ocasión como delito.

El único precepto del Código Penal (CP) relacionado con la Actividad de Colocación es el delito de tráfico ilegal de mano de obra tipificado en el artículo 312.1 CP, que señala que: Serán castigados con las penas de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

Aunque las conductas tipificadas en el artículo 312.1 CP son muy variadas, estaría incluida la Actividad de Colocación. Pero como la actuación de las Agencias de Empleo Privadas, y concretamente, las Empresas de Selección pueden incurrir también en infracciones administrativas, hay que tener siempre presente el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues solamente puede actuar éste en los supuestos de mayor gravedad, y en este caso en concreto, aplicando tal principio, se ha producido una «desaparición típica de tal delito»⁸⁶ reconduciéndose a la normativa sancionadora, aunque tampoco es frecuente utilizar la normativa sancionadora ya que se viene produciendo cierta pasividad y tolerancia tácita»⁸⁷ de toda la Actividad de Colocación no autorizada.

Es un delito que —a mi juicio— en materia de Colocación, debería desaparecer, pero para ello se tendría que proceder a una nueva reordenación del derecho sancionador en esta materia sobre todo en lo que respecta a las infracciones de las Agencias de Empleo Privadas. El régimen de Colocación necesita una completa reforma, no sólo en cuanto a la normativa sustantiva, sino también en la normativa sancionadora. Si se realizara esta reforma y se determinaran expresamente las infracciones en materia de Colocación de una forma completa y precisa, no haría falta la tipificación de un delito, pues sería suficiente con imponer —en los casos que fuera necesario— infracciones muy graves por determinadas conductas.

III.8. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda* para una regulación de las empresas de selección de personal

Una vez analizada la Actividad de las Empresas de Selección de Personal, se ha podido comprobar la situación de «caos» normativo en la que se encuadra dicha actividad. Y ello porque se está asistiendo a una proliferación «aceptada» de las Agencias de Empleo Privadas, que, salvo en el caso de las ETT, actúan sin una regulación específica. Es necesaria una completa reforma de la Actividad de Colocación, y concretamente de las Empresas de Selección de Personal, que vaya acorde con la realidad práctica y tenga por finalidad ordenar y controlar tal actividad así como ajustarse a la normativa internacional.

⁸⁶ MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», VV.AA., *Curso de Derecho Penal Español*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

⁸⁷ LÁZARO SANCHEZ, J. L., «La intermediación en el mercado de trabajo», *op. cit.*, pág. 241.

Es necesaria una reforma para regular por primera vez en nuestro ordenamiento las Agencias de Empleo Privadas, regulando los aspectos mínimos para su actuación, pues con su reconocimiento legal expreso aumentaría su eficiencia⁸⁸, y no frenaría ni mucho menos su libertad de movimiento ni su iniciativa. Es necesario que se produzca seguridad jurídica en esta materia, lo que exige positividad del derecho⁸⁹; así, es necesaria la regulación de las Agencias de Empleo Privadas⁹⁰, que además, iría acorde con los principios básicos que caracterizan el Derecho del Trabajo: el principio de protección del trabajador y el principio de rendimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado⁹¹. Con una regulación específica se daría una mayor fiabilidad, profesionalidad y solvencia de los Agentes de Empleo para diferenciarlos de los que actúan de forma abusiva, y conseguir así una mayor transparencia en el mercado de trabajo. Por otra parte, la regulación de las Empresas de Selección sería positiva también para los usuarios de estos servicios, pues tienen la posibilidad de conocer cuáles son los que actúan en la práctica pudiendo de este modo asegurar con ello un servicio que esté preparado para suministrar un servicio eficiente y eficaz.

Partimos de la base de la ausencia de regulación de las Empresas de Selección, aunque es lícita su actuación, a pesar de que no haya un régimen jurídico expreso. La base para confirmar la legalidad se encuentra tanto en la normativa internacional que las acepta (Convenio núm. 181 OIT) como en la jurisprudencia comunitaria ya analizada, y por la aceptación por la doctrina judicial del contrato celebrado entre la Empresa Cliente y la ESP, y además comprobado que es positiva la actuación de estas Empresas y que hoy en día es imposible que tal actividad de búsqueda y selección de candidatos especializados se encomiende de forma exclusiva a los Servicios de Empleo⁹². Por el momento, y mientras no haya una regulación expresa de éstas, el Código Deontológico por el que se rigen las Agencias que se integran en la AESEDP sirve como límite a su actuación y como criterio para tener en cuenta en los litigios que puedan surgir con motivo de su

⁸⁸ DORENBOS, R.; VOSSEN, I., *Public employment services: Can East Asia learn from the experience in Europe?* Rotterdam, February, 2002, pág. 29.

⁸⁹ RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho, Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1999, pág. 90.

⁹⁰ En el mismo sentido, GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C., «Modernización del Sistema Público Estatal de Empleo, "mejora" de la intermediación y "evaluación" de las políticas activas de empleo. Una reforma otoñal», *TL*, núm. 85 (2006), pág. 170.

⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L., «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social», *op. cit.*, pág. 199.

⁹² Sin embargo, el Profesor GONI SEIN («El respeto a la esfera privada del trabajador», *op. cit.*, pág. 88) reflexionó sobre la posibilidad de encomendar la función de selección a los organismos públicos. Señalaba además que la situación de inferioridad o la falta de libertad en la que se encontraba el candidato se podría solucionar confiriendo a la intervención pública un protagonismo exclusivo en las tareas de selección, y que una real garantía del respeto a la esfera de intimidad del trabajador exige un servicio público prestado con garantías de objetividad e imparcialidad, siendo la única manera de salvar la libertad empresarial de contratación y al mismo tiempo no lesionar el derecho a la intimidad del candidato.

A mi juicio, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores se resolvería hoy en día, no con la atribución de esta actividad en forma de monopolio al Servicio del Empleo, sino con una adecuada regulación de las Empresas de Selección, eliminando pruebas discriminatorias e involucrando de forma obligatoria a la representación de los trabajadores en el proceso de selección.

funcionamiento⁹³. Y para las relaciones entre la Empresa Cliente y la Empresa de Selección se tendrá en cuenta el régimen jurídico del contrato de arrendamiento de servicios, que es por el que se rige, así como la doctrina judicial existente en relación a los conflictos surgidos por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato.

Otro problema que plantea la actuación de las Empresas de Selección, que les afecta directamente a los trabajadores, es la forma de realizar el proceso de selección. Así, hasta que no haya una regulación marcando un mínimo en su actuación —como así ha ocurrido en Francia—⁹⁴ a los trabajadores les son de aplicación los límites establecidos por el respeto a los derechos constitucionales, concretamente el derecho a la igualdad y no discriminación, incluso la libertad religiosa, ideológica y creencias, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En este momento en el que no existe una regulación expresa de las ESP, es clave la actuación de la negociación colectiva en este campo en la que se vienen introduciendo cláusulas de acción positiva en estos procesos así como la implicación de la representación de los trabajadores de la empresa cliente para que sean receptores de información sobre la forma en la que se va a desarrollar el proceso de selección y participar en las pruebas que se hayan convocado⁹⁵ con la intención de velar por «la aplicación objetiva del proceso de selección»⁹⁶. Pero también sería necesario que en los planes de igualdad que a partir de la LOIMH son obligatorios en empresas de más de 250 trabajadores⁹⁷, se incluyera la materia específica del acceso al empleo, estableciendo idénticos procesos de selección independientemente del sexo de la situación personal de quien opte al traba-

⁹³ La Asociación Estatal de Empresas de Selección, Evaluación y Desarrollo Personal (AESE-DP) nació en el año 2003, al amparo de la LO 1/2002, de 22 de mayo, reguladora del Derecho de Asociación. Ésta, a través del Código Deontológico, ofrece las garantías morales y técnicas de estas empresas. Con anterioridad a la creación de esta Asociación, se utilizaba el Código Deontológico de Psicólogos, que tuvo su primera edición en 1987. Para un estudio de éste, véase GOÑI SEIN, J. L., «El respeto a la esfera privada del trabajador», *op. cit.*

⁹⁴ En la Ley de Igualdad de Oportunidades se ha aprobado el principio de *currículum vitae* anónimo, con el fin de evitar todo tipo de discriminación en los procesos de contratación, aplicable a las empresas de más de 50 trabajadores. Las empresas deberán, antes de realizar la selección, suprimir los elementos relativos a la edad, al sexo, el nombre o la fotografía del candidato [CES, *Observatorio de Relaciones Industriales*, núm. 89, marzo (2006)].

⁹⁵ De todas formas es un deber de información a pesar de que expresamente no se incluya en la negociación colectiva, pues aunque no se hace referencia expresa en el Estatuto a la competencia expresa de ejercer una labor de vigilancia sobre el proceso de selección, podría quedar incluido dentro de una competencia que tiene el Comité de Empresa «de ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y empleo (art. 64.9 ET) o como función anexa a la de conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, o la de «conocer los modelos de cuestionarios que como pruebas de acceso a la empresa se pongan en práctica» (art. 64.6 ET). En el mismo sentido, VICENTE PACHÉS, F., «El derecho del trabajador al respeto de su intimidad», *op. cit.*, págs. 114-115.

⁹⁶ Para un estudio del proceso de selección y de la actual participación de los representantes de los trabajadores, véase AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ingreso en la empresa: técnicas de selección...», *op. cit.*, pág. 49.

⁹⁷ Para una primera aproximación de estos planes, véase MENÉNDEZ CALVO, R., «Acuerdos de empresa para la igualdad de oportunidades: experiencias pretéritas como propuestas futuras», *RL*, núm. 11 (2007); VV.AA. (García-Perrote Escartín; Mercader Uguina, J. R., Coords.): *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 104 y ss.; VV.AA. (García Ninet, J. I., Director): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, La Ley, Madrid, 2007.

jo, y se evitarían en muchas ocasiones prácticas discriminatorias que actualmente existen⁹⁸. Pero ésta es una solución parcial, siendo necesaria una regulación específica del proceso de selección, pues son insuficientes los planes de igualdad —pues sólo evitarían la discriminación por razón de sexo, dejando al margen otro tipo de discriminaciones—, y también es insuficiente el control por parte de la representación de los trabajadores en la empresa. Es necesaria una regulación específica, no sólo dirigida a las actuaciones de la empresa cliente sino específicamente para las Empresas de Selección.

Sin embargo, y a pesar de que hoy en día la actuación de las Empresas de Selección de Personal no queda desprotegida, ni de cara a la Empresa Cliente ni al candidato/s, es necesario que se lleve a cabo una regulación específica de estas empresas que evitarían los actuales conflictos que derivan principalmente de la falta de precisión en los actos que éstas realizan. Para ello se propone, como ya se ha venido manifestando, que se cree una Ley de Agencias de Empleo Privadas y que se regulen aquí las Empresas de Selección, en todas sus manifestaciones, al igual que se ha venido haciendo para las ETT⁹⁹; es decir, se establezca el concepto de éstas, la regulación del régimen de autorización administrativa y registro, en cumplimiento con el Convenio número 181 OIT, así como los aspectos concretos del proceso de selección para evitar prácticas discriminatorias, aunque dejando amplio margen a la autonomía de voluntad para que determinen el proceso de selección específico para cada perfil solicitado. Se tendría que establecer como obligación de la empresa cliente la determinación exacta del puesto a cubrir para poder analizar después con más objetividad las posibles prácticas discriminatorias durante el proceso de selección. También se tendría que llevar a cabo la regulación del «Contrato de selección de personal» celebrado entre la Empresa Cliente y la ESP, e incluirse un precepto sobre la participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de selección, constituyendo una garantía para que el proceso de selección se realice siempre de forma objetiva y puedan conocer los parámetros o criterios utilizados para la valoración. Se tendría que determinar expresamente una de las obligaciones de las ESP, y es la de observar y analizar la negociación colectiva aplicable a la empresa en donde se va a proceder a la contratación, para que se realice el proceso de selección respetando los compromisos de contratación establecidos en la Negociación Colectiva.

Otro de los aspectos que se tendría que concretar es la limitación del ánimo lucrativo de estas Agencias, es decir, establecer como principio general que tal ánimo lucrativo repercuta en la empresa cliente, que es quien celebra el contrato con la ESP. Sin embargo, se podría admitir en algunos casos —ya que lo admite el Convenio 181 OIT— poder cobrar al trabajador por los servicios prestados. Me estoy refiriendo concretamente a las Empresas de Selección especializadas o a

⁹⁸ Véase STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2005 (AS 2005/3000), y el comentario a esta sentencia por PURCALLA BONILLA, M. A., «Desigualdad por razón de sexo en proceso de selección de personal», AS, núm. 19 (2006).

⁹⁹ Sin embargo, en otros ordenamientos no se utiliza el sistema de autorizaciones para la actuación de las Empresas de Selección, sino que cuentan con un Código de Conducta para garantizar la calidad de los servicios. Véase SOL, E., «Employment agencies: targeting on transitions: employment services in the Netherlands», *op. cit.*, pág. 108.

las Empresas de *Head-Hunting* cuando son los propios «trabajadores especializados» los que acuden a estas Empresas para el cambio de puesto de trabajo¹⁰⁰. Se podría admitir la búsqueda y selección a la inversa, es decir, la búsqueda y selección de un empresario adecuado a un trabajador cualificado que lo que pretenda es cambiar de puesto de trabajo para obtener mejores condiciones profesionales. En estos casos se podría admitir la excepción del artículo 7 del Convenio número 181 OIT y poder cobrar al trabajador, como obligación del contrato previamente establecido entre éste y la Empresa de Selección. Ahora bien, mientras no haya una regulación expresa que lo permita, no estaría permitido el cobro a los trabajadores, aplicándose el criterio general de la prohibición de cobrar al trabajador por los servicios de una Agencia de Empleo Privada, y concretamente, de una Empresa de Selección.

Por último, una regulación del régimen jurídico de las Empresas de Selección, tal y como señala el Convenio número 181 OIT, exige al mismo tiempo la implantación de un régimen sancionador concreto, pues hasta el momento la normativa sancionadora existente en materia de empleo plantea problemas a la hora de aplicarle estos preceptos a las Empresas de Selección.

¹⁰⁰ Podría quedar justificado en estos casos el cobro al trabajador por la menor protección que necesitan los altos cargos por su mejor situación profesional. En este mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «La intermediación en el mercado de trabajo», *op. cit.*, pág. 161.