En definitiva, como se dijo al principio de este estudio, la Ley 39/99 refleja una vez más las características que ha tenido la evolución de las normas sociales en materia de discriminación por razón de sexo en España: es **tardía**, ya hace tiempo que debía haber sido adoptada incluso en cumplimiento de obligaciones asumidas a raíz de nuestra incorporación a la Comunidad Europea. Es **insuficiente** ya que, incluso desde el objetivo planteado por la norma, podrían haber sido adoptadas medidas más completas y eficaces. Finalmente es **contradictoria** ya que, de un lado, su Exposición de Motivos dice perseguir objetivos —el reparto de responsabilidades familiares— que se sabe que no es posible conseguir a través de las medidas adoptadas; de otro lado, dice enmarcarse en una política de igualdad de oportunidades, cuando de su contenido y contexto parece derivarse que lo que realmente persigue son objetivos de política demográfica, respecto de los cuales la experiencia comparada demuestra que no se pueden conseguir mediante este tipo de medidas.

Se ha perdido una oportunidad más para impulsar un cambio de mentalidades en una materia central para la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el empleo, que habría podido ayudar a las mujeres a conseguir una integración en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad real con los hombres.

EL CONVENIO 181 OIT: UN CAMBIO EN LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN MATERIA DE EMPLEO*

JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ**

ÍNDICE

1. Introducción
2. De las agencias de colocación a las agencias de empleo; 2.1. La colocación como término de referencia habitual hasta el Convenio nº 181; 2.2. Las razones del cambio de objeto de las agencias privadas; 2.3. Algunas consecuencias de la ampliación del objeto de las agencias
3. La regulación del funcionamiento de las agencias privadas en el Convenio 181; 3.1. La prohibición de discriminación como principio general del Convenio; 3.2. ¿La definitiva consagración de la gratuidad para los demandantes de empleo?; 3.3. Consideraciones específicas sobre determinadas actividades y ciertos colectivos
4. La afección del Convenio nº 181 en la normativa española

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha considerado que la función normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) ha tenido como destinatarios sistemas de relaciones laborales de países no pertenecientes "*a nuestro entorno*". En este sentido suele presentarse como objetivo de la Organización una cierta homogeneización de dichos sistemas, lo que implica un intento de consagrar unos mínimos en lo que a las condiciones en las que se desarrollan las relaciones laborales se refiere. Ello supone extender a determinados países los presupuestos sobre los que tales relaciones se asientan en otros. El Convenio nº 181 de la OIT¹ puede significar una cierta ruptura en esta tendencia, en tanto adopta respecto de

* El origen de este trabajo se encuentra en la conferencia que, dentro del curso "Creación y reparto de empleo", tuve ocasión de impartir en la Universidad Internacional de Andalucía, Sede de Sta. Mª de la Rábida, el 13 de julio de 1999.

** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

¹ Adoptado por la OIT el 19 de junio de 1997 y ratificado por España el 19 de mayo de 1999 (Instrumento publicado en BOE de 13 de septiembre de 1999).

la materia de empleo una visión nueva y desconocida para algunos de los países, caso de España, considerados hasta ahora "exportadores", en cuanto a la regulación de condiciones de trabajo se refiere. No obstante, y de ahí la matización en cuanto al cambio que el citado Convenio representa, puede que nuestro país a estos efectos se encuentre en una posición diferente y que sean otros los que nos estén "exportando" sus condiciones.

Las razones que nos llevan a resaltar el carácter innovador del citado Convenio se deben principalmente a la forma de entender la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo. Veremos a continuación que los Convenios anteriores al nº 181 se han caracterizado por concebir aquélla en el aspecto de la que denominaban "colocación", función que identificaban sólo con una de las posibles facetas que pueden desarrollarse en la fase previa a la constitución de la relación laboral: la intermediación. Esta limitada perspectiva ha motivado problemas de aplicación en la medida que se planteaban dudas acerca de si otros modos de participar en materia de empleo quedaban sometidos a los instrumentos normativos adoptados por la Organización. Esta situación se agravaba, además, por las restricciones que caracterizaban la posibilidad de realizar tareas de intermediación, lo que propiciaba que la iniciativa privada realizara labores de intermediación de acuerdo a unos rasgos que aparentemente contenían diferencias con ésta. El Convenio nº 181 trata de dar respuesta a estos problemas ensanchando la concepción de la OIT en esta materia, dato que se detecta ya en la terminología que acuña: el empleo sustituye a la colocación como objeto de regulación.

Este cambio de visión de la OIT para con la intervención de la iniciativa privada justifica, creemos, analizar el Convenio. Este interés se acrecienta si tenemos en cuenta que a nivel general y en lo que a la colocación se refiere la OIT ha ejercido una notable influencia en las regulaciones internas de los Estados². Tal repercusión se observa actualmente, sin necesidad de tener que utilizar referencias geográficas o cronológicas más amplias, en la regulación española sobre colocación. Como comprobaremos, una vez que el gobierno español decide reformar el marco jurídico de la colocación dando entrada a las agencias de colocación, opta por regularlas siguiendo las pautas del Convenio nº 96 de la OIT³. Esta influencia, por otro lado, se viene manifestando desde hace tiempo por cuanto desde los inicios de la Organización se empieza a incidir en este terreno como lo demuestra que en la primera conferencia que

² Para CUESTA BUSTILLO, J. — "Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Volumen I", CES, 1994, pág. 21. — "desde 1919 es imprescindible plantear el estudio de la política social en el contexto de la recién creada Organización Internacional del Trabajo y calibrar el alcance, repercusiones y significado de este organismo internacional en los programas y realizaciones de cada Estado".

³ Adoptado en Ginebra en julio de 1949 y ratificado por España el 24 de abril de 1971 (BOE de 23 de mayo de 1972).

celebra, en Washington en 1919, adopta un Convenio, el nº 24, sobre la cuestión.

Puede desprenderse de lo comentado que el análisis del Convenio nº 181 va ser comparativo respecto de convenios anteriores de la OIT, metodología que nos permitirá comprobar cuál ha sido la magnitud del cambio operado. Al final, se hará una referencia a la regulación en España de cada uno los aspectos abordados. Esta mirada hacia nuestra normativa es interesante por cuanto nos va a permitir constatar cuáles son los puntos en los que nuestra regulación ha sido superada por la de la OIT.

2. DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN A LAS AGENCIAS DE EMPLEO

2.1. La colocación como término de referencia habitual hasta el Convenio nº 181

Es en 1933, con ocasión de la adopción del Convenio nº 34⁵, relativo a las agencias retribuidas de colocación, cuando se define en qué consiste la actividad de éstas. Ello se hace precisando el objeto al que se dedican las agencias, el cual, según el artículo 1.1, a), es el de servir de "intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador". La amplitud de los términos utilizados dificulta pronunciarse acerca de su contenido, cuestión ésta de enorme importancia, como veremos. No obstante, hay que reconocer que la colocación se ha venido equiparando con la actividad destinada a poner en contacto a quienes pretenden celebrar un contrato de trabajo. La referencia a la intermediación en la propia definición así nos lo hace ver. Además, del análisis de la regulación de la OIT en esta materia se puede concluir que la principal preocupación de la Organización ha sido el desarrollo por parte de la iniciativa privada de la función de intermediación⁶.

⁴ Adoptado el 28 de noviembre de 1919 y ratificado por España el 13 de julio de 1922 (BOE de 15 de julio de 1922).

⁵ Adoptado en Ginebra el 29 de junio de 1933 y ratificado por España el 29 de marzo de 1935 (Gaceta de 31 de marzo de 1935).

⁶ Fruto de la concepción que del trabajo tiene, la OIT se ha preocupado sólo de la actuación de organismos y entidades privadas en este campo, no haciéndolo del funcionamiento de las mismas en otras áreas colindantes con él. Parece, por tanto, que a juicio de la OIT esas otras facetas no afectan de manera sustancial a las características que debe revestir el mercado de trabajo. Deducir esto es tanto como admitir que la OIT es consciente de que la intermediación no es la única acción a desarrollar para que los demandantes de empleo encuentren trabajo o que los empleadores encuentren mano de obra. Es cierto que se trata de la prestación que permite de una manera más inmediata acceder a un puesto de trabajo, en el caso de un demandante de empleo. Sin embargo, en niveles altos de paro se demuestra que no es la única medida. El que la OIT tuviera esto presente

Junto a ello, y aclarando algo más el concepto, el mismo precepto indicado establece que de su régimen se excluyen las publicaciones que difunden información sobre las ofertas y demandas de empleo, salvo que sea éste su objeto exclusivo o principal. De ello se desprende que para la OIT la mera transmisión de información al mercado de trabajo de la existencia de ofertas y demandas no supone la catalogación de tal labor como intermediación, siempre que se haga de forma ocasional o circunstancial.

En el Convenio n° 88⁷, relativo a la organización del servicio de empleo, la colocación amplía su contenido integrando otras facetas distintas de la intermediación aunque estrechamente relacionadas con ella. Así, partiendo de una similar definición de colocación⁸ se determinan algunas de las acciones a desarrollar, caso de llevar un registro de demandantes, tomando notas de sus aptitudes, evaluándolas y ayudándoles a obtener orientación o readaptación profesional. Las conexiones entre estas otras facetas y la intermediación, posteriormente robustecidas⁹, suponen un cambio en el concepto de colocación, estableciendo uno distinto al que hasta ese momento la OIT había mantenido. Aquél engloba ahora diversos aspectos, entre los que sigue ocupando un lugar principal, sin duda, el referido a la intermediación, pero sin que ésta sea el objeto exclusivo del mismo. En definitiva, en este Convenio se percibe de

cuando adoptó el Convenio n° 34 se demuestra porque este tipo de acciones ya las desarrollaban algunos Estados. En este sentido, RICCA, S.: "Los servicios del empleo", OIT, 1983, pág. 181— señala que en "el decenio de 1920 la orientación profesional consolida sus bases institucionales en la mayor parte de los países industrializados de Europa y América del Norte", añadiendo que la misma es utilizada como técnica por "oficinas de empleo, organizaciones de empleadores y de trabajadores y establecimientos especializados de orientación". Sobre el origen, evolución y concepto de la orientación profesional vid. RICCA, S., op. cit., págs. 179 a 182.

⁷ Adoptado en San Francisco el 9 de julio de 1948 y ratificado por España el 14 de enero de 1960 (BOE de 11 de enero de 1961).

⁸ Artículo 6, a): "ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente y a los empleadores a contratar a trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas".

⁹ En sucesivos Convenios la OIT ha manifestado la estrecha relación entre la intermediación y otras facetas. Así, en el n° 122 se refuerza el compromiso fijado en el Convenio n° 88, en tanto la formación aparece dentro de las medidas de política de empleo que los Estados deben garantizar. El Convenio n° 142 adoptado el 4 de junio de 1975 y ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 9 de mayo de 1978) encomienda —artículo 1.1— a los Estados establecer una estrecha relación entre la orientación y formación profesional y el del empleo, "en particular mediante los servicios públicos del empleo". El Convenio n° 159, sobre la readaptación profesional de las personas inválidas, señala —artículo 7— que las medidas que en este sentido adopten los Estados serán desempeñadas "siempre que sea posible y adecuado" por los servicios existentes para los trabajadores en general. Finalmente, el n° 168 señala como medios para fomentar el pleno empleo —artículo 7— "los servicios del empleo y la formación y la orientación profesionales". Además, en varias Recomendaciones se insiste en este sentido. La 71, por ejemplo, aconseja adoptar a los servicios de empleo medidas de orientación profesional —artículos 17, 18 y 19—, y de formación y reeducación profesional —artículos 20 y ss.— La 72 también menciona estos últimos aspectos —artículo 2.2, c)—.

forma clara, y aquí está la principal diferencia con el n° 34, que la colocación y la intermediación no son términos idénticos.

Tal evolución, sin embargo, no se refleja un año más tarde, en el Convenio n° 96, relativo a las agencias retribuidas de colocación y que revisa al de 1933. En efecto, y al margen, por ahora, de las modificaciones que introduce, la definición que de la actividad de las agencias de colocación lleva cabo es idéntica a la del Convenio revisado, con lo cual se vuelve de nuevo a identificar colocación con intermediación. Esta diferente perspectiva de la colocación entre los dos convenios es aún más llamativa entre el Convenio n° 96 y el n° 97, relativo a los trabajadores migrantes y adoptado en la misma reunión de la Conferencia¹⁰. En este último —artículo 2, c) del Anexo II— se hace referencia al término colocación como "todas las operaciones efectuadas para procurar o facilitar el empleo".

Ello plantea una situación confusa en la que parecen existir dos conceptos de colocación: uno más amplio, que abarca una amplia gama de actividades, y aplicable a la realizada por los servicios públicos de empleo, y otro, reducido a la intermediación¹¹, para los supuestos en que es desempeñada por las agencias ajenas a aquéllos¹².

Existen razones que justifican la diversificación de acciones a desarrollar por los servicios públicos de empleo. Todas ellas tienden a la consecución de un objetivo: la lucha contra el desempleo. Junto a la humanización de los regímenes jurídicos reguladores del trabajo, la OIT estima que para alcanzar la justicia social¹³ es necesario luchar contra el desempleo. Esta segunda vertiente adquiere aún más importancia a partir de la Declaración de Filadelfia de 1944¹⁴, en la que en su tercer apartado se destaca el logro del pleno empleo como primera finalidad a alcanzar mediante el establecimiento de programas al respecto. Consiguientemente, y una vez proclamado desde sus orígenes la necesidad de establecer un sistema público de colocación, se estima necesario que el mismo realice otras funciones que ayuden a alcanzar la meta propuesta. De esta forma, surge una nueva línea de actuación basada en el desarrollo de aspectos que ayudan a incrementar las posibilidades de empleabilidad de los demandantes.

¹⁰ Ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio).

¹¹ Comprobaremos, sin embargo, que en esas otras facetas integrantes del concepto de colocación, la OIT contempla la participación de entidades ajenas a los servicios públicos de empleo.

¹² Distinguiamos aquí entre servicios públicos de empleo y agencias de colocación no pertenecientes a los mismos, con independencia de la naturaleza pública o privada de las mismas.

¹³ El preámbulo de la Constitución de la Organización señala como presupuesto de la creación de la misma que "la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social".

¹⁴ Adoptada en el marco de la Conferencia celebrada con ocasión de la XXVI reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada del 20 de abril al 12 de mayo, tuvo como objetivo revitalizar a la propia Organización. De esta forma su contenido pasó desde entonces a integrar la Constitución de la OIT.

Ahora bien, ello es igualmente predicable de la actuación de las agencias privadas y, sin embargo, el planteamiento para con éstas se reduce al aspecto mediador. Varias cuestiones se desprenden de ello. La primera, que el esquema de la OIT es restringir el papel de las agencias a la intermediación, impidiéndoles que desarrollen algunas de las labores conexas apuntadas. Ello, sin embargo, no se corresponde con las propias previsiones de la OIT, en las que recoge expresamente la colaboración de organismos públicos y privados en el desarrollo de algunas de las vertientes de la colocación. Tal es el caso, por ejemplo, de las medidas de readaptación profesional y empleo de personas inválidas¹⁵. Evidentemente, si la Organización estima que las mencionadas acciones repercuten positivamente en el desempleo es lógico que las fomente y prevea la cooperación de la sociedad con los servicios públicos de empleo. De esta primera observación se deriva, por tanto, una contradicción en el diseño del campo de actuación de los operadores en el mercado: por un lado la intermediación se contempla como función aislada, fijándose una división al respecto entre agencias de colocación y servicios públicos de empleo y, por otro, aquélla forma parte de un concepto más amplio, el de colocación, en el que se contempla la actuación tanto de poderes públicos como privados.

Este análisis es superable si se piensa que la OIT busca reglamentar de manera expresa la actividad de intermediación. Tal como avanzábamos antes, a la OIT le preocupa por encima de todo reglamentar esta actividad en el mercado de trabajo. El que la misma posea unos perfiles propios y, sobre todo, que administre información para acceder a un empleo es fundamental, creemos, en la decisión de la OIT de establecer un régimen específico para la misma. Aunque actualmente las posibilidades que tienen los demandantes de empleo de obtener información sobre las vacantes existentes en el mercado de trabajo han aumentado notablemente, lo que hace perder relevancia a las tradicionales agencias de colocación, en la fecha en la que adopta el Convenio n° 96 la situación era diferente y la dependencia de aquéllos respecto de éstas era mucho mayor.

El Convenio n° 181 inaugura una nueva etapa en la delimitación del ámbito de aquéllas. El abandono de la terminología anterior, colocación, sustituida ahora por la expresión empleo al referirse a las agencias privadas que actúan en el mercado de trabajo nos indica ya que nos encontramos ante un cambio conceptual significativo.

¹⁵ En este terreno la Recomendación 99, adoptada el 1 de junio de 1955, contempla — artículo 17— que “la autoridad o autoridades competentes deberían tomar las medidas necesarias y oportunas para lograr la colaboración y coordinación entre los organismos públicos y privados que se ocupen de la adaptación y readaptación profesionales”. Posteriormente, el Convenio 159, que versa también sobre estas materias, se expresa, en su artículo 5, en términos muy parecidos. Junto a esta materia en otras, como la orientación y formación profesional, también se detecta la necesidad de colaboración de instancias ajenas a los servicios de empleo, si bien en este caso la misma se busca fundamentalmente en organizaciones de empleadores y de trabajadores. En este sentido, artículo 5 del Convenio 142, relativo a los aspectos citados.

Hemos venido observando que hasta la fecha de aquél la colocación, equiparada desde un principio a la idea de intermediación, aunque de forma indirecta en tanto, como vimos, se habla de intermediario más que de intermediación sin que ésta llegue a definirse, se transforma posteriormente en un concepto que engloba pero también supera a este último. Nos encontramos, ahora, con un tercer momento en el que la colocación deja paso a la noción de empleo, rompiendo definitivamente con la identificación que se ha venido dando entre colocación e intermediación. En efecto, aunque la colocación se configura en una segunda etapa como una idea algo más amplia que la de intermediación, el Convenio n° 96 las equipara, planteando, como hemos visto, problemas interpretativos del contenido de la primera, especialmente teniendo presente el Convenio n° 88 y los que profundizaron en la línea de las labores conexas a la intermediación. El Convenio n° 181 al utilizar la palabra empleo parece querer superar la tendencia a la asociación entre los términos comentados. Asimismo, este cambio clarifica que la intermediación no es la única función de las agencias privadas.

2.2. Las razones del cambio de objeto de las agencias privadas

Uno de los mayores problemas que presenta la regulación contenida en el Convenio n° 96 es la estrechez con la que aborda la colocación. Al considerar que las agencias que se dedican a ella sólo desarrollan labores de intermediario dicho marco mostró sus carencias cuando se empezó a constatar la presencia en el mercado de trabajo de actividades que no eran estrictamente de intermediación pero que guardaban bastantes analogías con ella. El supuesto de las Agencias de Empleo Temporal, conocidas posteriormente como Empresas de Trabajo Temporal (ETT, en adelante), es el mejor ejemplo.

La conocida petición del gobierno de Suecia a la OIT para que ésta se posicionara en relación a las mismas ante la rápida proliferación, detectada a mediados de la década de los sesenta¹⁶, de este tipo de agencias fue el origen de un intenso debate que aun perdura¹⁷. Concretamente se solicitaba conocer si a las mismas les era aplicable el Convenio n° 96 o si, por contra, no podían ser definidas como agencias de colocación. El famoso dictamen, en 1966, del Director de la OIT¹⁸ entendiéndose que las ETT debían ser consideradas agencias de colocación no tuvo, sin embargo, repercusiones prácticas en tanto aquellos Estados que admitieron su funcionamiento lo hicieron a través de una normativa propia, separada de la del Convenio n° 96, por considerar que las mismas no eran propiamente agencias de colocación.

¹⁶ Señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. —“Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, MTSS, 1992, págs. 43 y 44—, que el origen de estas empresas se sitúa entre el final del siglo pasado y el comienzo de éste, y que la actividad de las mismas “conoce un desarrollo óptimo a lo largo de años 60 y 70”.

¹⁷ Como advierte RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. —op. cit., pág. 32— la distinción entre las empresas de trabajo temporal y la actividad de colocación de la mano de obra es un tema clásico en los estudios acerca del trabajo temporal.

¹⁸ Al respecto vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., op. cit., págs. 50 a 54.

Las razones que fundamentaron la postura del Director General¹⁹ se basaron en entender que la relación entre los trabajadores y las ETT es puramente formal, en tanto la verdadera relación de empleo se da entre los trabajadores y las empresas usuarias. De esta forma la ETT actúa como intermediario, lo que provoca su inclusión dentro del ámbito de aplicación del Convenio n° 96. Por contra, algunos autores²⁰ empezaron a mostrarse contrarios con tal equiparación, presentando las diferencias entre ambas figuras, principalmente basadas en que la ETT es la empleadora del trabajador cedido. Tales opiniones tuvieron éxito y provocaron la extensión de este tipo de empresas, en tanto, y con independencia de la forma en que las mismas fueran reguladas, no quedaban sometidas al estricto régimen del Convenio n° 96.

El ejemplo de las ETT es trasladable a otras actividades. Fruto de nuevas necesidades empresariales, el mercado ha venido ofreciendo servicios que responden a las mismas. Como se recoge en el Informe que la Oficina Internacional del Trabajo preparó de cara a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en 1994²¹, “en dichos mercados —refiriéndose a los de trabajo— se instalaron y empezaron a ganar terreno nuevos tipos de agencias de empleo privadas”. De nuevo se plantea el mismo interrogante acerca del encuadramiento de este tipo de agencias en el Convenio n° 96²². Precisamente por ello la Oficina decide analizarlas, a través de un estudio realizado entre 1988 y 1990 en veinticinco países. A través del mismo la OIT llega a constatar hasta dieciséis tipos de agencias²³, que clasifica en torno a cinco categorías²⁴.

¹⁹ En el mismo sentido se pronunció la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

²⁰ Vid. la bibliografía citada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., op. cit., pág. 53.

²¹ “El papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo”, OIT, 1994, pág. 2.

²² “Los gobiernos multiplicaron los intentos con mira a reglamentarlas, pero a menudo no consiguieron determinar con exactitud su índole y su actuación”, *ibídem*.

²³ En el capítulo II de citado Informe, páginas 13 a 23, se reflejan las siguientes: 1.— Agencias retribuidas de colocación. 2.— Agencias de empleo en el extranjero. 3.— Agencias de contratación y de colocación de extranjeros. 4.— ETT. 5.— Agencias de subcontratación de mano de obra. 6.— Agencias de arrendamiento de personal. 7.— Agencias de búsqueda y selección de ejecutivos. 8.— Agencias de asistencia con vistas a la reinserción profesional y la recolocación. 9.— Consultorías en materia de inserción profesional. 10.— Consultorías en gestión de personal. 11.— Institutos de formación y de colocación. 12.— Agencias de servicios profesionales. 13.— Gestorías de espacios publicitarios dedicados al empleo. 14.— Gestorías de bancos informáticos sobre el empleo. 15.— Gestoría de carreras profesionales. 16.— Empresas y asociaciones de inserción profesional provisional. En el capítulo III del Informe —págs. 26 a 41— se analiza la presencia en el mercado de algunas de ellas, a través de diversos criterios como el del volumen de negocios que generan o el número de agencias existentes. A su vez se examina las causas de su crecimiento.

²⁴ 1.— Agencias intermediarias, entre las que se incluyen las tres primeras de las citadas. 2.— Agencias que entablan una relación triangular entre ellas, los trabajadores, que son

Junto a las que responden a las características de la intermediación, caso de las pertenecientes al primero de los grupos citados en el Informe, existen otras cuya ubicación en el Convenio n° 96 también plantea problemas. Al margen de las que tienen como característica común dedicarse de una u otra forma a la cesión de mano de obra²⁵, ello ocurre con buena parte de las restantes. Estas otras formas de actuación en el mercado de trabajo recrudescen los problemas detectados a partir de 1966. Ya no se trata sólo de la inadecuación del Convenio n° 96 para reglamentar las ETT; la nómina de actividades cuyo encuadre en aquél es dudoso ha aumentado, generando tal situación la sensación de ineficacia en las actuales circunstancias. Tal panorama provoca situaciones de incumplimiento, tolerado, de la legalidad vigente en muchos países debido al comentado y limitado, cuando no anulado, papel que se les deja a las agencias de colocación.

Consecuencia de ello, el citado Informe propone la revisión del Convenio n° 96 debido, fundamentalmente, a la pérdida de validez del mismo. La evolución del mercado de trabajo unida al reducido papel concedido a la iniciativa privada, provocan que una serie de agencias hayan quedado fuera del campo de aplicación de aquél. Como se reconoce en el Informe²⁶, tal situación lleva a la “inaplicabilidad en la práctica del objetivo fijado en el Convenio”, y a que los Estados lleguen “a silenciar o eludir el asunto de la intervención creciente de empresas privadas en el funcionamiento del mercado de trabajo”²⁷. Tal conclusión se ve satisfecha en la 85ª reunión de la Conferencia, celebrada en 1997²⁸.

contratados por las mismas y las empresas a las que prestan sus servicios, que se corresponden con las tres siguientes a las anteriores. 3.— Agencias prestadoras de servicios en materia de personal, que son las citadas del 7º al 10º lugar de la citada clasificación. 4.— Empresas que a sus cometidos tradicionales unen servicios relacionados con el empleo, caso de las comprendidas en los números 11 a 14. 5.— Finalmente, como categoría residual agencias que no tienen cabida en los apartados anteriores, ejemplo de las cuales son las dos últimas de la clasificación.

²⁵ A los tres tipos de agencias que el Informe agrupa en esta categoría hay que añadir el de las denominadas agencias de servicios profesionales, también reflejadas en aquél. Como el propio Informe señala —pág. 21— éstas, inicialmente dedicadas a ofrecer servicios a las empresas tales como la implantación de sistemas informáticos y otros similares a los de una consultoría, amplían posteriormente la gama de prestaciones realizando trabajos no a través de sus socios sino a través de personal que contratan al efecto y que ceden a los clientes. En consecuencia, se transforman “en un negocio cada vez más parecido al de una agencia de trabajo temporal”.

²⁶ Pág. 52.

²⁷ Se refiere el Informe a la obligación que los Miembros tienen, conforme al artículo 22 de la Constitución de la OIT, de presentar memorias, en principio anuales, acerca de las medidas que hayan adoptado los Estados para cumplir los convenios ratificados.

²⁸ Las conclusiones de la 81ª reunión de la Conferencia motivaron finalmente que en la 262 reunión del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo se decidiera inscribir en el orden del día de la 85ª reunión de la Conferencia la revisión del Convenio n° 96.

Precisamente de cara a la 85ª reunión de la Conferencia la Oficina Internacional del Trabajo prepara un Informe²⁹, en el que desaparece la referencia a las agencias de subcontratación de mano de obra, y las cinco categorías de agencias de empleo privadas que fijaba el Informe presentado en la 81ª reunión de la Conferencia pasan a convertirse en tres: intermediarios³⁰, proveedores de competencias³¹ y proveedores de servicios directos³². Las razones de tal reducción se deben, según el propio Informe³³, a que la clasificación elaborada por la propia Oficina, basada en el Informe de la Comisión para las Agencias de Empleo Privadas, en 1994 es “a la vez demasiado amplia y demasiado restrictiva”.

Esta reducción es la que finalmente se observa en el Convenio nº 181. Las agencias de empleo, según su artículo 1, son aquellas que prestan “uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

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

Como puede apreciarse no se parte de una definición cerrada de lo que es una agencia de empleo. A través de esta triple clasificación se determinan algunos de los cometidos que le son propios pero dejando abierta la puerta a que otros no expresamente contemplados también conlleven la consideración como tal de quien los efectúe. Este carácter abierto, consecuente por lo demás

²⁹ “Revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96)”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996.

³⁰ Formado por las tres categorías ya previstas en el anterior Informe, a las que adicionan las Agencias de búsqueda y selección de ejecutivos y los Institutos de formación y de colocación.

³¹ Formada por las ETT, las Agencias de arrendamiento de personal, de servicios profesionales, gestorías de carreras profesionales y por Empresas y Asociaciones de inserción profesional provisional.

³² Categoría en la que se incluyen a las Agencias de asistencia con vistas a la reinserción profesional y la recolocación, las Consultorías en materia de inserción profesional, las Consultorías en gestión de personal, las Gestorías de espacios publicitarios dedicados al empleo y las Gestorías de bancos de datos informáticos sobre el empleo.

³³ Pág. 31.

con el propio espíritu que mueve a la OIT a revisar el Convenio nº 96³⁴, se aprecia tanto en la variedad de las funciones expresamente señaladas en los dos primeros apartados reproducidos como en los términos empleados en el tercero, redactado de forma claramente amplia y en el que sólo a título ejemplificativo se indica uno de los servicios posibles.

2.3. Algunas consecuencias de la ampliación del objeto de las agencias

El que el Convenio nº 181 tenga un carácter integrador de la actuación privada en el terreno del empleo implica, en principio, una pérdida de importancia de las particularidades que la misma revista. No obstante, no se desprende de ello que no se haya de atender a las funciones que en cada caso desarrollen las agencias de empleo.

Así, en primer lugar de cara a delimitar la aplicación del Convenio es necesario, en cada caso, encuadrar en él los servicios que se presten, lo que obliga a clarificar cuáles son los que aquél contempla.

En segundo lugar, del Convenio no se deriva que el régimen jurídico vaya a ser el mismo con independencia del tipo de agencias de que se trate. Utilizando como referencia la que ha venido siendo la función tradicional de las agencias, la intermediación, la misma sigue teniendo autonomía propia dentro del campo de empleo. El artículo 1.1, a), se refiere a ella cuando habla de “vincular ofertas y demandas de empleo”. A pesar de las nuevas modalidades relacionadas con la búsqueda de empleo o de trabajador, la intermediación, en su sentido originario y tradicional va a seguir estando presente en el mercado, bien de forma separada o bien unida a otras actividades.

En tercer lugar, la posibilidad de que las legislaciones internas distingan entre los tres grupos del citado artículo 1.1 y establezcan regulaciones separadas para cada una de ellas. En efecto, el Convenio nº 181 contempla un régimen unificado para todas las agencias de empleo basado en determinados principios, aspecto éste que profundizaremos en otro apartado. Esto implica para los Estados tener que observarlos en sus regulaciones internas pero no impide que éstas sean tantas como grupos crea la OIT. Es decir, que cada actividad relacionada con la búsqueda de empleo o de mano de obra posea su propia normativa³⁵. Por otro lado, el propio Convenio prevé tal situación en dos apartados. El artículo 2 señala que a determinadas categorías de trabajadores o a ciertas ramas de la actividad económica puede no serle aplicable la regla general de permitir el funcionamiento de las agencias privadas. En el caso de que los Miembros decidieran hacer uso de tal habilitación estarían introdu-

³⁴ En efecto, si una de las razones del Convenio nº 181 ha sido superar el hermetismo de su antecesor, la nueva regulación necesariamente debía revestir notas opuestas que faciliten la integración en él de actividades venideras no conocidas en este momento.

³⁵ En el Informe —“Revisión del Convenio...””, cit., pág. 85— se establece que ello dependerá en buena parte del grado de desarrollo de los respectivos mercados de trabajo.

ciendo regulaciones separadas bien por razón de la actividad de la agencia, bien por razón de los trabajadores afectados o por ambos motivos a la vez. Asimismo, en el artículo 7 también se recogen disposiciones similares, que trataremos más adelante, al estar relacionadas con un tema que abordaremos de manera exclusiva.

La opción por un sistema como el recién apuntado, que aunque derivada de un marco diferente al del Convenio nº 181 es la actualmente vigente en España, puede seguir reproduciendo los problemas conceptuales que se plantearon durante la vigencia del Convenio nº 96, ya que de la calificación como intermediación o no dependería la aplicación del específico régimen establecido para las agencias de colocación o de empleo, en la nueva terminología.

No obstante, con arreglo al Convenio nº 181 la situación es distinta, contándose ahora con disposiciones que contemplan expresamente actividades que sin ser intermediación se hayan dentro del ámbito del Convenio. Ello determina la validez de éste para con aquéllas pero sin tener necesariamente que someterlas a las disposiciones específicas de las agencias de colocación, a la vez que evita interpretaciones forzadas de lo que es intermediación, circunstancia que anteriormente se producía como consecuencia que la normativa sobre ésta era la única con la que se contaba. El actual sistema, por tanto, al contemplar actividades no propiamente dedicadas a la intermediación, permite dar cabida en él a aquéllas, lo que reduce la conflictividad de su encuadramiento.

Sin embargo, sigue siendo necesario apreciar si una agencia de empleo se dedica a la intermediación o otras tareas. Diferente situación, a priori, sería aquélla en la que los Estados decidieran no regular de forma separada y, sobre todo, distinta, las diferentes formas de actuar en materia de empleo. En tal caso, al tener un mismo o parecido régimen jurídico para las agencias intermediarias que para el resto de las actividades relativas a la búsqueda de empleo se reduciría la problemática conceptual. No parece, sin embargo, que ello sea factible, debido a las específicas peculiaridades de algunas de las agencias, caso de las ETT. Esta es además la percepción que se desprende del propio Convenio nº 181.

3. LA REGULACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS AGENCIAS PRIVADAS EN EL CONVENIO 181

Entrando ya en la forma en la que se articula por el Convenio nº 181 la intervención de las agencias en el mercado de trabajo destaca la simplificación de su regulación. En contraposición con los convenios anteriores, en éste no se especifica el régimen jurídico de las mismas, dejando tal labor a las legislaciones nacionales³⁶. No significa, sin embargo, que se haya desregulado la

³⁶ Artículo 3: 1. "La determinación del régimen jurídico de las agencias de empleo privadas se efectuará de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, previa

materia. La opción del Convenio es dejar a los Estados algunos aspectos de las condiciones de funcionamiento de las agencias, tales como el sistema de autorizaciones iniciales o renovación de licencias. Otros, de mayor importancia, sí se encuentran contemplados en el Convenio.

La sistemática que hemos adoptado al respecto es abordar, en primer lugar, aquellos aspectos que se destinen de forma general a toda clase de agencias para después hacerlo de los que se centren en algunas de ellas.

3.1. La prohibición de discriminación como principio general del Convenio

Señala el artículo 5.1 del Convenio 181 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".

Constituye esta prescripción una novedad en la regulación de la OIT para con las agencias de colocación. Tomando como referencia las que hasta este Convenio han sido las agencias objeto de regulación, las dedicadas a la intermediación, en ninguno de los Convenios anteriores se ha exigido que su funcionamiento se rigiera por aquél principio. En efecto, ni el Convenio nº 9, ni el nº 34 ni posteriormente el nº 96 contienen menciones a esta cuestión. Tal ausencia se observa también en los destinados específicamente a los servicios públicos de empleo, caso de los Convenios 2 y 88. Ante tales carencias, la idea de la igualdad de trato y de la no discriminación como notas características de la colocación se extraía indirectamente. En este sentido se ha apuntado que una de las causas que motiva la aparición de agencias públicas de colocación es conseguir que la actividad de intermediación se realizara de manera *neutral*³⁷. El Estado se convierte así en garante de la imparcialidad de la colocación, finalidad que también se persigue en algunos casos, como en el Convenio nº 9, configurando de forma tripartita la estructura de las agencias de colocación.

La idea de neutralidad avanza hacia la prohibición de discriminación en la Recomendación nº 83, adoptada al igual que el Convenio nº 88 en la Conferencia

consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores. 2. Todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales".

³⁷ CALWER, R. —citado por MERLE, v.: "Las instituciones públicas de intervención en el mercado de trabajo en Francia", en "Debates sobre el empleo en Francia y Alemania", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 201—: "Arbeitsmarkt und Arbeitsmarchweirs", Stugart, 1899, señala que en Alemania se produjo un desplazamiento a un terreno neutro, el Estado, de la actividad de colocación.

de San Francisco celebrada en 1948. A pesar de su diferente naturaleza jurídica, en aquélla se establece —apartado 12— que el servicio público de empleo no sólo ha de “observar una estricta neutralidad”, sino que se precisa que igualmente debería “abstenerse” de emplear criterios basados en discriminaciones por determinadas circunstancias —raza, color, sexo o credo— a la hora de dirigir a los trabajadores hacia los empleos vacantes. Es ya un Convenio, el n° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación³⁸, en donde la prohibición de discriminación adquiere su definitiva consagración. Este Convenio define qué entiende por discriminación —artículo 1—, y se dirige, entre otras, y según su artículo 3, e), a las “actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional”.

Cabe plantearse si esta disposición restringe el ámbito de aplicación del Convenio a los servicios públicos de empleo o, por contra, no se limita a éstos, extendiéndose también a las agencias privadas de colocación. A nuestro juicio, la prohibición de discriminación se configura como principio de la actividad de colocación, con independencia de quien la desarrolle. En este sentido, el artículo 2 del Convenio n° 111 expresa que el objetivo del mismo es que los Estados lleven a cabo políticas nacionales que promuevan “la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. Evidentemente, el propósito no se alcanzaría si la colocación efectuada a través de cauces privados no estuviera vinculada por la comentada prohibición. Además, cabe interpretar que cuando el citado artículo 3, c) se dirige a la actividad de colocación dependiente de una autoridad nacional también se está incluyendo a las agencias privadas de colocación, en tanto el funcionamiento de éstas estaba condicionado, por los Convenios entonces adoptados, a la aprobación de la autoridad competente en cada Estado. El que el Convenio n° 181 explicita como principio de funcionamiento de las agencias privadas de empleo la prohibición de discriminación es el dato definitivo para aplicarlo al ámbito privado de la colocación.

La prohibición de discriminación establecida en el reproducido artículo 5.1 se complementa, adecuadamente, con lo fijado en su segundo párrafo, conforme al cual las agencias privadas pueden facilitar servicios especiales o aplicar programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo. Es esta una matización que ya se contemplaba en el Convenio n° 111, en el que se consideraba como no discriminatoria la posibilidad de establecer medidas destinadas a ciertos colectivos que por su desfavorecida situación necesitan de una atención especial. La diferencia entre ambos Convenios radica, en primer lugar, en que en el Convenio n° 181 no se mencionan qué circunstancias que habilitan para este tratamiento diferencial positivo, mientras que en el Convenio n° 111 sí se nombraban,

³⁸ Adoptado el 25 de junio de 1958 y ratificado por España el 26 de octubre de 1967 (Instrumento publicado en BOE de 4 de diciembre de 1968).

aunque de los términos empleados parece que no exhaustivamente³⁹. En segundo lugar, la adopción de acciones positivas parece quedar ahora a la decisión de las propias agencias de empleo, a diferencia del Convenio n° 111, en el que aquéllas podían ser acordadas, “definidas” según los términos del Convenio, por los Estados miembros.

Un complemento adicional a la prohibición de discriminación, y este sí verdaderamente innovador, es la regulación que realiza del tratamiento de datos de los demandantes de empleo. Entendiendo por tal, como señala el párrafo tercero del artículo uno del Convenio, “la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales”, éste es un tema que ha adquirido relevancia en los últimos tiempos, fundamentalmente por la extensión, en este ámbito de la utilización de la informática⁴⁰. No obstante, ha de advertirse que el tratamiento de datos al que se refiere el Convenio no ha de ser necesariamente automatizado. Al margen de ello, el mencionado carácter complementario que el tratamiento de datos posee en relación a la prohibición de discriminación viene dado por la protección que despliega en favor de la intimidad de los demandantes de empleo, conexión ésta resaltada habitualmente en los análisis doctrinales del proceso de contratación⁴¹. En este sentido, el artículo 6 del Convenio n° 181 manifiesta que dicho tratamiento deberá: “a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente”.

3.2. ¿La definitiva consagración de la gratuidad para los demandantes de empleo?

El Convenio n° 181 establece en su artículo 7 que “las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa”. Esta regla, con las excepciones que después comentaremos, es más congruente con los postulados de la

³⁹ El artículo 5.2 del Convenio n° 111 establecía que podían establecerse medidas especiales para atender a las necesidades particulares de las personas “tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural”.

⁴⁰ DEL REY GUANTER, S.: “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la intimidad informática del trabajador”, RL 1993, n° 15, pág. 8.

⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “No discriminación en las relaciones laborales”, en “Comentarios a las leyes laborales: el ET”, BORRAJO DACRUZ (Dir.), Ed. Edersa, 1983, tomo IV, págs. 373 y ss. GOÑI SEIN, J.L. —“El respeto a la esfera privada del trabajador”, Civitas, 1988, págs. 41 y ss. Recientemente, DE VICENTE PACHES, F.: “El derecho del trabajador al respeto de su intimidad”. CES, 1998, pág. 142.

Organización sobre la materia, disipando algunas de las dudas y problemas que plantea el régimen jurídico instaurado desde el Convenio nº 34. Un repaso a la normativa y a los pronunciamientos de la OIT nos muestra que las agencias de colocación siempre se han contemplado con desconfianza a causa, fundamentalmente, del rechazo que provocaba el hecho de que el desempleo fuese aprovechado por aquéllas para ganar dinero. Es cierto que la actuación de las agencias retribuidas de colocación ha estado sometida a importantes restricciones, pero también lo es que desde que se regulan en 1933 se ha permitido que las mismas perciban una cantidad económica bien del trabajador bien de la empresa, posibilidad que además aumenta con el Convenio nº 96.

La OIT establece por primera vez que la colocación a través de agencias privadas debe desarrollarse de manera gratuita en el Convenio nº 94². En éste de manera expresa se prohíbe que la colocación de la gente del mar sea desarrollada por persona, sociedad o empresa con *finés lucrativos*. La ausencia de tales fines se complementa con la gratuidad de los servicios que deben prestar las agencias, si bien prescribiéndola sólo para una de las partes. Así cuando se prohíbe —artículo 2— que no se pague remuneración alguna o cuando se califica —artículo 4— a las agencias de gratuitas se hace siempre refiriéndose a la “gente del mar”; esto es a los trabajadores. Es decir, cabe la posibilidad de que los servicios que presten las agencias de colocación de la gente del mar sean gratuitos para quienes buscan trabajo pero no para quienes buscan trabajadores. El que la gratuidad de la colocación sólo se contemple para con los trabajadores tiene su lógica. Realmente el aprovecharse de la situación de éstos es lo que se estima inaceptable⁴³. El que, por contra, el empleador pague por los servicios de una agencia que le proporciona trabajadores se considera normal.

Este Convenio, aunque sectorial, tiene una importancia notable al introducir delimitaciones de gran repercusión posterior. Del mismo puede extraerse que junto a la colocación gratuita cabe hablar de una colocación sin fines lucrativos que permite la percepción de una retribución por parte de las agencias, aunque la misma el Convenio sólo la permite respecto de los empleadores. Esta diferenciación cobra fuerza en el Convenio nº 34, ampliando así el ámbito de aplicación de tal distinción al no estar delimitado sectorialmente este último Convenio. El Convenio nº 34, dirigido a suprimir la actividad de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, si bien prevé la posibilidad, excepcional como el artículo 3 señala, que esta clase de agencias sigan funcionando, se precisa qué se entiende por agencias retribuidas de colocación en el artículo 1.1. De esta forma, por un lado se encuentran las agencias con fines lucrativos que son los intermediarios que persiguen obtener del demandante de

⁴² Con anterioridad, la Recomendación nº 1 se manifestaba claramente por la supresión de las agencias retribuidas. No obstante, el Convenio nº 2, que se ocupaba fundamentalmente del establecimiento de un sistema público de colocación, parte de la existencia de agencias privadas de colocación.

⁴³ MARTIN VALVERDE, A. “Interposición y mediación en el mercado de trabajo”, RPS nº 91, 1971, pág. 49-, se refiere a situaciones próximas al estado de necesidad.

empleo o del empleador oferente un “beneficio material directo o indirecto”. Por otro, las agencias sin fines lucrativos, que son aquellas “que sin buscar un beneficio material perciben del empleador o del trabajador un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”. Así pues, se realiza una distinción entre las agencias retribuidas de colocación y las gratuitas, diferenciando, a su vez dentro de las primeras aquellas que tienen finalidad lucrativa de las que no la tienen; es decir, se crea una categoría intermedia entre lo gratuito y lo remunerado. A partir de este Convenio las agencias retribuidas se diferencian entre quienes buscan un beneficio material o quienes no lo hacen.

La indefinición de las cantidades que puedan percibir las agencias retribuidas no lucrativas se detalla algo más al determinar el artículo 4 que la retribución no puede ser superior a la tarifa que fije la autoridad competente. Además, y según el mismo precepto, los precios máximos dependerán de los gastos estrictamente ocasionados, lo cual matiza de manera importante lo previsto en el artículo 1 al referirse, como ejemplo de lo que pueden cobrar las agencias, a un derecho de entrada. De utilizarse esta fórmula la agencia estaría cobrando al trabajador o al empleador usuario antes de lograr la colocación y, por tanto, desconociendo en ese momento la cuantía de los gastos que le va a ocasionar la misma. Ahora bien, adviértase que tampoco fijando una cantidad máxima se garantiza que la remuneración percibida se corresponda con los gastos efectuados, salvo que las tarifas máximas no se conviertan simplemente en un techo insuperable pero debajo del cual todo lo percibido es legal sino en una referencia que exige ser concretada a través de la obligación de detallar los gastos realmente ocasionados.

En definitiva, esta clase de agencias participa de algunos de los rasgos esenciales de la mediación que resulta rechazable, la lucrativa, especialmente si el sistema se basa en el establecimiento de unas tarifas máximas que posibiliten cobrar cantidades inferiores sin la necesidad de ser contrastadas con los gastos realmente derivados de la actividad desarrollada.

Por otro lado, el que aquéllas puedan serles exigidas al trabajador-demandante rompe la previsión del Convenio nº 9 de situar al trabajador en todo caso al margen de su pago, si bien aquél no queda afectado en este punto, tampoco en otros, por este cambio tal como precisa el artículo 1.2 del Convenio nº 34⁴⁴. Como se recordará, éste prohíbe que la *gente del mar* pague por los servicios que les preste una agencia de colocación, lo cual deja abierta la puerta a que a los empleadores sí se les pueda exigir una cantidad económica. De alguna forma, este Convenio, sin decirlo de forma expresa, avanza el sistema que crea definitivamente el nº 34, ya que ello es tanto como admitir la existencia de agencias no lucrativas pero retribuidas, aunque sólo desde una parte de sus usuarios.

La prohibición de la OIT de la actuación de las agencias lucrativas no duró, sin embargo, mucho tiempo. En 1949, el Convenio nº 96 al revisar el Convenio nº 34 permite y regula aquella clase de agencias. Empujada a ello por el escaso

⁴⁴ “El presente Convenio no se aplica a la colocación de la gente del mar”.

número de ratificaciones que éste obtuvo⁴⁵, la OIT cuando se replantea la regulación de las agencias de colocación parece entender que su intento por desplazar de esta actividad a las entidades con finalidad lucrativa ha de ser reconsiderado. Al respecto, llama la atención que el Convenio n° 96 hable de progresiva supresión de las agencias con fines lucrativos. De ello podemos deducir que el mandato que contenía el n° 34 no debió tener demasiado calado. En este sentido, la solución adoptada por el nuevo Convenio pudiera entenderse que viene en buena medida forzada por la realidad.

Como es conocido, el Convenio n° 96 diseña dos sistemas en relación con la percepción de lucro en la actividad de colocación: uno, en el que se establece la supresión del mismo y otro en el que se admite.

Entrando brevemente en cada una de las partes y empezando por la parte II, el Convenio n° 96 remite a los Estados el plazo para suprimir las agencias lucrativas, contemplando asimismo, y recogiendo similares disposiciones a las del Convenio n° 34, la posibilidad —artículo 5— de mantenerlas para ciertas categorías de personas, lo que, por otro lado, refuerza la impresión de que estamos ante medidas de reparto del mercado de trabajo. No obstante, y a diferencia con el comentado precedente, en este caso no se prevé una duración temporal, aunque sí la tiene la licencia necesaria para funcionar. Junto a ello, otra diferencia, en este mismo terreno, en relación con la regulación que anteriormente había establecido el Convenio n° 34 estriba en que la citada supresión se hace depender del previo establecimiento de un servicio público de empleo. Recordando así la obligación contraída por los Estados a raíz del Convenio n° 2, lo dispuesto en el artículo 3.2 responde a la idea según la cual antes de proceder a la supresión de las agencias lucrativas que funcionan en el mercado el Estado debe garantizar que él, a través de la red de oficinas públicas, está en condiciones de poder prestar servicios tanto a demandantes como a oferentes. Mientras ello no suceda el Estado en cuestión no debe impedir que los usuarios del mercado de trabajo se vean privados de los cauces existentes, ya que en caso contrario se estaría prohibiendo, sin asegurar alternativas, una actividad útil y necesaria para ellos. En relación con las agencias que son admisibles según la parte II, el Convenio n° 96 establece el mismo régimen que su predecesor, el Convenio n° 34.

En la parte III, al igual que con la definición de las agencias no lucrativas, el Convenio n° 96 reproduce la definición que el n° 34 daba de las que sí lo son. Su regulación, en cambio y a priori sí que es novedosa en tanto este último Convenio sólo contemplaba un régimen transitorio y excepcional para las estas agencias, el cual, se reproduce para las situaciones en las que los Estados que opten por la parte II acojan la excepcional posibilidad prevista en su artículo 5. La misma se

⁴⁵ Diez países, al margen de su posterior denuncia realizada como hemos tenido ocasión de comentar a consecuencia de la también ratificación del Convenio n° 96, lo han ratificado. Junto a los que se encuentran en la apuntada circunstancia hay que incluir, además de España, a Finlandia, México, Noruega, Suecia y Turquía.

basa en los mismos elementos que caracterizan la de las otras agencias; es decir, autorización y control por las autoridades competentes en cada país, limitación de la remuneración a percibir a través de las tarifas fijadas a partir de los gastos ocasionados y prohibición de colocar a trabajadores en el extranjero.

Una vez vistas las dos partes, de la comparación entre ambas se puede concluir que las diferencias no existen, a diferencia claro está de que aquéllas no pueden buscar beneficio económico y las lucrativas sí⁴⁶. El que las tarifas que en cada Estado se aprueben tengan, en el caso de tratarse de agencias no lucrativas, que ser fijadas habida cuenta de los gastos ocasionados plantea una difícil tarea, como hemos tenido ocasión de comentar. Ello sin duda favorece el hecho de que al final tanto unas agencias como otras vengan limitadas, en lo que al cobro de sus retribuciones se refiere, por los precios que en cada caso se determinen. En tal caso, las diferencias de reducirían aún más y sólo quedarían representadas por las cuestiones referidas a la renovación de la autorización inicial. Dicho de otro modo, el sistema basado en las tarifas puede suponer en la práctica la desaparición de la diferencia fundamental entre agencias lucrativas y no lucrativas.

Esta ha sido la regulación anterior al Convenio n° 181. Hasta la adopción de éste, al margen de la Recomendación n° 1 y si exceptuamos el Convenio n° 9, la OIT no había configurado la obligación de que los servicios de intermediación fuesen gratuitos para los trabajadores. Aquellos dos Instrumentos poseen un alcance limitado, por razones de la naturaleza jurídica el primero y por el ámbito sectorial el segundo, lo que relativiza su influencia en la consecución del objetivo que se propone la Organización.

Evidentemente si de lo que se trata es que el demandante de empleo no pague remuneración alguna por los servicios de intermediación destinados a proporcionarle la oportunidad de trabajar, la adopción de un sistema como el de las agencias no lucrativas pero retribuidas no lo consigue. Y no lo hace porque tanto el Convenio n° 34 como después el n° 96 permiten que éstas “perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”. Con independencia de la cuantía, lo cierto es que aquél puede verse obligado a tener que abonar alguna cantidad económica. El que ahora el Convenio n° 181 determine de forma expresa que las agencias no cobren a los trabajadores consagra el ideal perseguido, evitando uno de los aspectos que se han considerado más negativos en la actuación de las agencias.

No quiere decir ello que se esté imponiendo la existencia de agencias gratuitas, en tanto de los empleadores sí es posible que las agencias perciban dinero. Esta opción es a su vez consecuente con la perspectiva desde la que ahora la OIT regula las agencias de empleo. El positivo papel que a las mismas les concede en el funcionamiento del mercado de trabajo, determina, que la Organización facilite la presencia de la iniciativa privada. Ello no se correspondería bien con un régimen en el que se prescribiera la gratuidad de todos los servicios prestados por las agencias en la medida que ello reduciría notable-

⁴⁶ También en este sentido: VALTICOS, N: “Derecho Internacional del Trabajo” Ed. Tecnos, 1977 pág. 291.

mente el número y tipología de posibles entidades. En definitiva, la gratuidad es predicable de los trabajadores y no del sistema, generalizando de esta forma el régimen que el Convenio nº 9 ya estableció en 1920 para la gente de mar.

La determinación de limitarse a no permitir la percepción de cantidad económica a los trabajadores la OIT acaba con la distinción que había mantenido entre agencias gratuitas y retribuidas, y dentro de éstas entre lucrativas y no lucrativas. A partir del Convenio nº 181 ya no cabe hablar de un tipo u otro de agencias. El que éstas cobren por sus servicios o busquen beneficio o no con la actividad, entre otras de la intermediación, da igual. Lo único que importa es que, sean cuales fueren los intereses que les llevan a relacionar demandas con ofertas, a los demandantes de empleo no se les exija tarifa alguna.

El que se ponga fin a las diferencias entre agencias en función del criterio económico aclara algunos problemas que el anterior método provocaba. Ya comentamos cómo la referencia, en el caso de las agencias no lucrativas, a los gastos ocasionados generaba incertidumbres que al final se solventaban con el establecimiento por la autoridad competente de un listado de los precios máximos a percibir por aquéllas. De esta forma, las diferencias entre la ausencia de ánimo lucrativo y la búsqueda de beneficios económicos se reducían bastante⁴⁷. Ante tal situación, la OIT refleja en el Convenio nº 181 la inutilidad de distinciones pasadas que se han mostrado ineficaces de cara a la protección del trabajador.

No obstante, avanzamos antes que el propio artículo 7 contempla excepciones al principio general de gratuidad descrito en su primer párrafo. Así, el segundo apartado del precepto⁴⁸ se refiere a dos posibles situaciones en las que aquél puede no ser aplicable: por un lado respecto de determinadas categorías de trabajadores, por otro, en el caso de ciertos servicios que pueden prestar las agencias de empleo.

La primera enlaza con una cuestión que está latente en toda la normativa anterior que hemos analizado. En el Convenio nº 34 se posibilitaba que existieran agencias lucrativas dedicadas a la colocación de trabajadores pertenecientes a profesiones en las que se dieran circunstancias justificativas para tal separación del régimen común. Tal fórmula se repitió en el Convenio nº 96

⁴⁷ Tal como vienen planteando los estudios dedicados al sector no lucrativo, la prohibición de distribución de beneficios, característica del mismo, se devalúa ante la posibilidad de que las "non-profits organizations" perciban remuneración por los servicios que prestan. La distribución de beneficios en especie, el pago excesivo de salarios de manera encubierta o el suministro de actividades lúdicas o personales financiadas con fondos de las mismas entidades son algunas de las formas constatadas de vulnerar el citado impedimento. Véase SAJARDO MORENO, A.: "El sector no lucrativo en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Valenciana", Ed. CIRIEC, 1998, pág. 196.

⁴⁸ "En interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar excepciones a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas".

en el que se precisaba algo más por cuanto la excepción se dirigía a las categorías de personas cuya colocación no pudiera ser realizada de manera satisfactoria por el servicio público de empleo. El Convenio nº 181 en su artículo 7.2 sigue la misma línea que sus predecesores. Es cierto que hay diferencias entre los dos primeros y este último. Mientras que aquéllos posibilitan que las agencias lucrativas de colocación desarrollen sus actividades de manera excepcional, éste lo que posibilita es que los trabajadores paguen por los servicios que les presten las agencias de empleo, posibilidad ésta que ya se derivaba en los dos anteriores por cuanto en ellos se admitían las agencias retribuidas de colocación sin ánimo de lucro. Con independencia de este matiz, lo que parece claro es que la OIT estima que existen ciertas categorías de trabajadores respecto de los que la colocación es admisible que revista caracteres diferentes al del resto. El ejemplo más característico en este caso es el de los ejecutivos, directivos o personas con alta cualificación. A la colocación de este tipo de trabajadores no le ha sido aplicada en varios países la normativa que en los mismos regía para el resto de trabajadores⁴⁹. Precisamente por ello han aparecido figuras específicamente orientadas a la colocación de los mismos, caso de los head-hunters. Otro supuesto típico a estos efectos es el de los artistas, que es además el que la Oficina pone como ejemplo en el Informe que elabora de cara a la Conferencia de 1997⁵⁰. No obstante, en este otro caso las razones son diferentes, teniendo más que ver con la peculiar relación entre el trabajador/artista y la agencia que le proporciona los contratos. Se trata, por tanto, en el caso de este tipo de agencias de peculiaridades no relacionadas tanto con los trabajadores como con la naturaleza de la actividad desarrollada por la agencia. Ello nos conduce a la segunda de las excepciones contempladas en el artículo 7.2.

Como ya quedó comentado, la consideración unitaria de todas las agencias de empleo bajo un mismo Convenio no significa que no existan diferencias entre las actividades que desarrollan. Las mismas, que pueden traducirse en regulaciones específicas, también pueden suponer a la vez la aplicación o no de la gratuidad a los servicios que prestan. De esta forma, habrá que distinguir en qué clase de actividades es admisible se cobre a los trabajadores y en

⁴⁹ En Suecia la Ley nº 746, de 6 de junio de 1991 —puede consultarse en Documentos de Derecho Social 1992/1—, permite la actividad de las agencias lucrativas en la colocación de empleados con cargos directivos. En Austria y Alemania, hasta 1994 las agencias privadas de colocación con fines lucrativos se dedicaban únicamente a la colocación de ejecutivos: "Revisión del Convenio...", cit., págs. 55 y 56. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los regímenes monopolísticos en la colocación de trabajadores se ha fraguado precisamente en relación con este tipo de profesionales.

⁵⁰ "Revisión del Convenio...", cit., pág. 78. La citada Ley sueca de 1991, así como la situación en Alemania antes de 1994 contemplaban a este colectivo junto con el de los directivos como los únicos destinatarios posibles de la actividad de las agencias de colocación.

qué otras es rechazable tal opción. La solución, además, deben adoptarla los Miembros sin que la OIT establezca una pauta al respecto por cuanto el párrafo segundo del artículo 7 no excluye la aplicación de la misma a ninguna de las tres grandes categorías de agencias descritas en el artículo 1. Ha de advertirse que cuando el artículo 7.2 se refiere a “determinados servicios” no hemos de entender que lo está haciendo a las agencias globalmente consideradas; es decir, que la excepción se aplique a las mismas en función del grupo al que pertenezcan. Puede que haya agencias no clasificables en torno a uno sólo de los tres en los que las divide el artículo 1 del Convenio. Dicho de otro modo, que una agencia realice servicios correspondientes a varias categorías. Esta situación, que cada vez más frecuente, plantea un importante problema: ¿qué se excepciona: a la agencia en sí misma o a un determinado servicio de los que presta? La respuesta parece que debe reconducirse a la segunda opción planteada, sin que ello suponga excluir la primera en tanto habrá supuestos en los que una agencia de empleo se dedique exclusivamente a una sola actividad.

3.3. Consideraciones específicas sobre determinadas actividades y ciertos colectivos

Como hemos visto, la perspectiva de la OIT en el Convenio 181 para con la intervención de la iniciativa privada es integradora. Aun cuando menciona alguna de las actividades a las que las agencias pueden dedicarse ello no lo hace de forma exhaustiva o cerrada. De entre las que se contemplan expresamente —la intermediación, la cesión de trabajadores y la información sobre ofertas y demandas de trabajo—, la única que es considerada específicamente, al margen del propio artículo 1.1, es la relativa a la cesión de trabajadores. Esta atención singularizada para con este tipo de agencias ratifica las impresiones acerca de la regulación separada que de las agencias previsiblemente se va a llevar a cabo.

Conviene recordar que es la primera vez que se regula esta actividad, en tanto con anterioridad la misma se consideró equivalente a la intermediación y, además, ello se hizo a través del comentado dictamen del Director General de la OIT. Consiguientemente, la novedad es lo que puede justificar este tratamiento particular. Varios son los preceptos que se ocupan de este tipo de agencias, fundamentalmente los artículos 11 y 12, en los que se encomienda a los Estados que adopten medidas que garanticen la protección de los trabajadores empleados para ser cedidos en una serie de materias⁵¹. Asimismo, se emplaza

⁵¹ El artículo 11 menciona la libertad sindical, la negociación colectiva —la protección de ambas ya la contempla de forma generalizada el artículo 4—, los salarios mínimos, el tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo, las prestaciones de seguridad social obligatorias, el acceso a la formación, la seguridad y salud en el trabajo, la indemnización en caso de accidente o enfermedad profesional y en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales, y la protección y prestaciones de maternidad y prestaciones parentales.

a los Estados para que determinen las responsabilidades tanto de las agencias como de las empresas usuarias respecto de tales mismas⁵².

También es objeto de atención específica la colocación de trabajadores migrantes, aunque la misma se reduce a que el artículo 8 del Convenio emplaze a los Estados a que impidan que aquéllos sean objeto de abusos. En este ámbito los atropellos de que pueden sufrir revisten fundamentalmente carácter económico⁵³, situación rechazable con carácter general pero si cabe aún más en estos casos, en los que las ganancias son obtenidas aprovechando la situación de precariedad en la que se encuentran determinadas zonas geográficas y el consiguiente deseo de lograr trabajo fuera de ellas.

No obstante, hay que tener presente que respecto de este tipo de trabajadores la OIT ya ha elaborado diversos instrumentos en los que se viene a incidir en esta problemática. En este sentido, el Convenio n° 97, las Recomendaciones n° 86⁵⁴ y n° 100⁵⁵ y el Convenio n° 143⁵⁶, se ocupan de diversos asuntos relativos a las migraciones. En ellos, y desde la óptica que nos interesa, la Organización manifiesta su inquietud por la inmigración clandestina e ilegal⁵⁷, por las condiciones a las que se ven sometidos durante su viaje, llegada o permanencia⁵⁸ o por la propaganda errónea sobre la emigración y la inmigración⁵⁹.

Debido a ello, y como hemos tenido ocasión de comprobar, la OIT se ha manifestado contraria a que la intermediación con estos trabajadores se desempeñe por agencias privadas. Como se recordará tanto el Convenio n° 34 como el n° 196 prohibían que las agencias retribuidas de colocación colocaran o reclutaran a trabajadores en el extranjero, salvo previsiones permisivas por parte de las autoridades nacionales y siempre que tales operaciones se efectúen en virtud de acuerdo entre los países afectados⁶⁰. Tales recelos se observan también en los citados instrumentos dedicados a la migración. En este sentido, la OIT ordena a los Estados que establezcan los cauces de colaboración apropiados entre los servicios públicos de empleo y los relacionados con las migra-

⁵² El artículo 12 se ocupa de ello, con un contenido casi idéntico de materias al anterior a excepción de la libertad sindical.

⁵³ “El papel de las agencias privadas...”, cit., pág. 14.

⁵⁴ Adoptada en la misma reunión que el Convenio n° 97.

⁵⁵ Adoptada el 22 de junio de 1955, en la 38ª reunión de la Conferencia.

⁵⁶ Adoptado el 24 de junio de 1975, no ha sido ratificado por España.

⁵⁷ Artículo 8 del anexo I del Convenio n° 97, y artículos 2, 3 y 6 del n° 143. El artículo 5 de este último Convenio expresa que las medidas a adoptar deben tener por objeto “que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones”.

⁵⁸ Artículo 2.1 del Convenio n° 143.

⁵⁹ Artículo 3.1 del Convenio n° 97.

⁶⁰ Ya en la Recomendación n° 1, la Conferencia aconseja que el reclutamiento colectivo de obreros en un país con el fin de emplearlos en otro debería permitirse sólo cuando exista acuerdo entre los países interesados y después de consultar a trabajadores y a empleadores.

ciones, y de que se les garantice la gratuidad del servicio⁶¹, a la vez que se haya preocupado por las condiciones de actuación de los intermediarios, en aquellos casos en los que éstos estén presentes en el mercado⁶².

Similares son los términos en los que el Convenio recoge otro de los colectivos en los que suelen manifestarse excesos por parte de las agencias privadas. El artículo 9 se refiere, aunque de forma aún más parca que en el caso de los trabajadores migrantes, al trabajo infantil, encargando a los Miembros que tomen "medidas para asegurar que las agencias de empleo privadas no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan". La razón de tan escaso tratamiento hay que encontrarla de nuevo en la existencia de toda una serie de instrumentos que la propia Organización ha ido elaborando al respecto⁶³. Se trata, además, en este caso de una materia que, como ha recordado RODRÍGUEZ-PIÑERO⁶⁴, "ha sido un objetivo prioritario de la OIT", y que sigue siéndolo en tanto, como el propio autor señala⁶⁵, el problema subsiste⁶⁶.

Pero no sólo la protección de los trabajadores es el medio que utiliza el Convenio n° 181 para intentar superar algunos de los problemas que suele plan-

⁶¹ Artículo 7 del Convenio n° 97. En relación con la creación de servicios específicos de ayuda a los trabajadores migrantes véase la Recomendación n° 86, apartado 5. La Recomendación n° 100, llega a manifestarse incluso a favor de la creación de un servicio público específico. Respecto del papel que los servicios público de empleo desempeñan en la colocación de los trabajadores migrantes: RICCA, S., op. cit., págs. 261 a 275.

⁶² Recomendación n° 86, apartados 13 y 14.

⁶³ Los mismos se han caracterizado por tener ámbitos sectoriales. Así, unos se han dedicado a la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales [Convenio n° 5 —29 de octubre de 1919, ratificado por España el 8 de abril de 1932 (BOE de 14 de abril) y Convenio n° 59 —22 de junio de 1937—, ratificado en España el 8 de abril de 1971 (BOE de 19 de mayo de 1972)], en los trabajos no industriales [Convenio n° 33 —30 de abril de 1932—, ratificado por España el 28 de mayo de 1934 (Gaceta de 31 de junio) y Convenio n° 60 —22 de junio 1937—, ratificado por España el 12 de junio de 1958 (BOE de 28 de agosto de 1959)], en el trabajo agrícola [Convenio n° 10 —25 de octubre de 1921—, ratificado por España el 8 de abril de 1932 (Gaceta de 14 de abril de 1932)], en el trabajo subterráneo en las minas [Convenio n° 123 —22 de junio de 1975—, ratificado por España el 26 de octubre de 1967 (BOE de 4 de diciembre de 1968)]. Debido a ello, el Convenio n° 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo —26 de junio de 1973—, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 8 de mayo de 1978), se propone, según su propia exposición de motivos, "adoptar un instrumento general sobre el tema que reemplace gradualmente los actuales instrumentos". Por otro lado, hay que tener presente también la existencia de otros instrumentos dirigidos a las condiciones de trabajo de los menores, caso del trabajo nocturno, trabajos subterráneos o exámenes médicos.

⁶⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Trabajo infantil", RL 1997/II, pág. 79.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 83.

⁶⁶ Prueba de ello es la adopción reciente de un nuevo Convenio, el n° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, aprobado el 17 de junio de 1999, y que no ha sido ratificado por España.

tear la actuación de las agencias de colocación. Como hemos visto, quienes se oponen a la actuación de aquéllas entienden que la diseminación de las fuentes de información dificulta los intereses de demandantes y oferentes de empleo. En este sentido, ya apuntamos cómo de las previsiones del Convenio n° 2 podía articularse un sistema en el que las informaciones que tanto unos como otros poseen. La coordinación, por tanto, entre las agencias privadas y los servicios públicos de empleo puede solucionar un problema como el planteado. Curiosamente esta concertación entre los diferentes intermediarios sólo se había previsto por la OIT en los instrumentos en los que se regulaba la actuación de los servicios públicos de empleo, omitiendo cualquier referencia a ella en los adoptados respecto de las agencias privadas. El Convenio n° 181 también viene a incidir en esta materia.

El artículo 13 se ocupa de que los Estados establezcan medidas de cooperación entre ambos tipos de mediación, fijando su apartado tercero de manera expresa que las agencias de empleo privadas deben facilitar información a la autoridad competente en cada país. Tal redacción refleja de manera inequívoca que el suministro de información es una manifestación de la cooperación entre los servicios públicos y las agencias privadas, lo que además se contempla, por primera vez, dentro del régimen jurídico de éstas. En cuanto al contenido y finalidad de tal cesión la OIT no señala que deba orientarse a que las agencias traspasen los datos tanto de ofertas como de demandas, ya que se limita a configurarlo respecto de la estructura y las actividades de las agencias con el fin de conocer estos extremos y de cara a poseer estadísticas sobre el mercado de trabajo. No obstante, no cabe duda de que la posibilidad de que los Estados, en el desarrollo de tal precepto, establezcan medidas que impliquen que la circulación de información entre los diferentes intermediarios ha aumentado notablemente a raíz de las prescripciones contenidas en el Convenio n° 181. Advertíase que no se precisa exhaustivamente las informaciones que deben remitirse en tanto la misma es toda la que *precise* la autoridad competente.

A través de las comentadas disposiciones, y también de otras que analizaremos, el Convenio n° 181 trata de evitar que se reproduzcan los problemas que pueden derivarse de la actuación de las agencias privadas. No obstante, en previsión de que las mismas se manifiesten insuficientes, el artículo 10 emplaza a los Miembros a que aseguren la existencia de mecanismos a través de los cuales se articulen las quejas sobre el funcionamiento de las agencias, con el fin de detectar, por ejemplo, otro tipo de abusos originados por su actuación y no contemplados inicialmente.

4. LA AFECCIÓN DEL CONVENIO N° 181 EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Una vez analizado, es hora de cotejar este Convenio con las disposiciones que actualmente configuran el marco normativo de la colocación de trabaja-

dores. La primera reflexión, sin embargo, no se dirige tanto a comparar contenidos como a confrontar los principios sobre los que ambas regulaciones se asientan. Como refleja el preámbulo del Convenio n° 181 —“Reconociendo el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo”— la OIT cambia de actitud para con las agencias privadas lo que motiva que, según su artículo 2.3, una de sus finalidades sea la de “permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas”.

El argumento principal que maneja la OIT para revisar el marco jurídico de las agencias privadas de colocación es el del convencimiento de su positivo papel en la marcha de los mercados de trabajo. Con tal presupuesto y reconociendo las dificultades que el Convenio n° 96 impone a la intervención de las mismas, consecuencia de la negativa visión que de ellas tiene, se llega también a la decisión de modificar su régimen jurídico. Por tanto, la perspectiva desde la que aborda la reglamentación de las mismas es la opuesta a la que ha sido la tradicional. Frente a los obstáculos que, en este sentido, caracterizaban a los convenios anteriores al n° 181, éste intenta facilitar la presencia de aquéllas en el mercado de trabajo.

El que la OIT adopte una postura favorable a las agencias privadas no quiere decir que olvide los riesgos derivados de la actuación de las mismas. El objetivo del Convenio n° 181 es poner en pie de igualdad la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo, en definitiva del empleo, y la protección de los trabajadores. Con anterioridad al mismo, ésta ha sido la finalidad primordial de los instrumentos adoptados en esta materia. Al considerarse que para los mismos se derivaban determinados peligros se opta por restringir la participación de la iniciativa privada en el mercado de trabajo. Ahora, sin embargo, se considera que, una vez aceptado el positivo papel que las agencias pueden desempeñar, la regulación debe aunar ambos objetivos. La conjunción de ambos extremos se observa en el ya citado artículo 2.3, que además de lo señalado indica que también es finalidad del Convenio “la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios”. La perspectiva es, por tanto, distinta: de prohibir o limitar se pasa a facilitar la actuación de las agencias. Esto debe tenerse en cuenta en tanto la normativa española sobre las agencias de colocación se asienta sobre los principios del Convenio 96 de la OIT, caracterizado por la visión restrictiva sobre la actuación de las mismas.

Destacábamos inicialmente que este Convenio es, sobre todo, innovador. Además de lo ya señalado, ello se observa en la configuración del empleo como materia acotada, o cuando menos delimitada en lo que a la intervención de la iniciativa privada se refiere. Éste es el primer dato a contrastar con nuestro país.

La actual regulación en España de estos temas se caracteriza por su confusión, situación de por sí criticable y más aún si se tiene en cuenta que las bases de la misma tuvieron como teórico objetivo clarificar un panorama de cierta anarquía. La reforma del sistema comenzada por el RDL 18/1993 se impuso, en un primer momento, la labor de regular la actividad de intermediación, a fin de

que la desarrollada al margen de los servicios públicos de empleo se realizara conforme a unos determinados principios. Ello debería haber supuesto la delimitación de aquella función, a la vez que la clarificación del mapa de la colocación en general. Lo primero no se realiza, en tanto se habla de intermediación pero sin precisar en qué consiste. La segunda tarea se acomete, en parte, cuando el RD 735/1995 separa la intermediación —Título I— del conjunto de acciones encaminadas a mejorar la empleabilidad de los demandantes de empleo —Título II—. Sin embargo, no queda claro si son compatibles entre sí y, fundamentalmente, se omiten referencias a otras actividades que ya se estaban desarrollando en el mercado de trabajo. En este sentido, y por citar sólo una de ellas, causa perplejidad el silencio legislativo para con la selección de trabajadores. Por lo visto anteriormente, no cabe duda que el Convenio n° 181 está llamado a influir en este estado de cosas.

En efecto, este Convenio plantea abiertamente que las agencias privadas no se limitan a la intermediación —“a vincular ofertas y demandas”— sino que prestan cualesquiera “servicios relacionados con la búsqueda de empleo”. De esta forma, la diversidad de agencias y de prestaciones que éstas acometen encuentran un espacio común, evitando que algunas de ellas estén situadas en tierra de nadie o que se realice una exégesis forzada para reconducirlas a la normativa existente. La entrada en vigor del Convenio 181 impone, cuando menos, reconsiderar la manera de abordar la intervención de la iniciativa privada en el empleo, en la colocación. Hasta el momento se ha incidido en la intermediación y, desde hace unos años, en la cesión temporal de trabajadores, dejándose de lado, sin embargo, otras actividades. No es que del Convenio 181 se derive una regulación exhaustiva de todas los posibles servicios que las agencias pueden desarrollar. El informe que sirve de base al mismo es consciente de que “Ninguna clasificación de las AEP podrá ser nunca definitiva. En unos mercados de trabajo dinámicos, se crea constantemente una nueva demanda de servicios”⁶⁷. Consiguientemente, no se trata tanto de abarcar toda la tipología de prestaciones que ofrecen las agencias al mercado como de superar el actual y cuestionable esquema en el que sólo tienen cabida las agencias de *intermediación* y las empresas de trabajo temporal.

No obstante, hay que reconocer que estas dos clases de agencias son las que el Convenio contempla de forma expresa. Si bien el tercer párrafo de su artículo primero también menciona la información sobre ofertas y demandas de empleo, son aquéllas las recogidas de forma autónoma. Esto puede verse, por tanto, como un reforzamiento de la línea que han seguido ordenamientos jurídicos como el nuestro. Ya hemos comentado las posibilidades de regulación que se desprenden del Convenio en tanto el régimen jurídico de las agencias va a depender de las legislaciones nacionales. Independientemente de que, en cualquier caso, los principios básicos del Convenio deben ser respetados por aqué-

⁶⁷ “Revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96)”, cit., pág. 39.

llas, el mantenimiento de esa opción obligaría a redefinir la actividad de intermediación. Este Convenio ha puesto de manifiesto que hay en el mercado de trabajo una serie de actividades que guardan semejanzas con la denominada, durante mucho tiempo, colocación. Parece necesario despejar las incógnitas que se ciernen sobre las mismas y una forma de hacerlo es precisar en qué consiste la intermediación.

Entrando ya en cuestiones más concretas, el Convenio 181 cuestiona la posibilidad, permitida actualmente por el RD 735/1995, de que las agencias de colocación cobren de sus usuarios una remuneración por los servicios que presten. Vimos antes que el artículo 7.1 del Convenio sienta como criterio general la gratuidad de los servicios de las agencias para los trabajadores, aunque el Convenio no garantiza la aplicación de esta regla. Al contrario, los eventuales desarrollos por parte de los Miembros del apartado segundo del artículo 7 pueden llegar a reducir de manera importante la regla general de la que parte el propio precepto.

A pesar de ello, este Convenio, plantea, acertadamente desde nuestro punto de vista, la superación de una dicotomía, lucrativo-no lucrativo, que no consigue proteger suficientemente a los solicitantes de empleo. Ahora la cuestión se centra en señalar la gratuidad para éstos de los servicios que las agencias les presten o la posibilidad de que tengan que pagarles en algunos casos, bien por razón del tipo de servicios que aquéllas desarrollen bien por tratarse de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos. Un repaso a la normativa sobre la colocación, sobre la intermediación, y de los valores de la persona afectados en situaciones de desempleo, nos sitúa, creemos, en la opción de consagrar la gratuidad de la misma para los trabajadores. Ello determinaría que las excepciones deben venir más por la vía de la clase de servicios prestados por las agencias. Al no estar implicados tan directamente los mencionados valores en otros supuestos sería razonable permitir que el trabajador pagase por ellos. El problema en estos casos viene por la concreción de estas excepciones.

Así, una agencia de colocación que a su vez realice actividades formativas. En tales casos podría llegar a determinarse que la agencia sólo cobrase por los servicios complementarios a la intermediación pero no por ésta, garantizando de esta forma la gratuidad de la intermediación. Resulta complicado separar la intermediación de otras facetas, con el consiguiente obstáculo para discernir en concepto de qué una persona paga los servicios a una entidad. El caso más claro en este sentido es el de los institutos de formación. Es muy difícil determinar hasta qué punto la matrícula que una persona paga por ingresar a ellos se corresponde y exclusivamente con el coste de la formación que recibe, o si la misma incluye los servicios que en materia de colocación la entidad en cuestión le proporciona. Probablemente a la entidad le es fácil alegar que el precio pagado por los alumnos sólo se corresponde con la formación que reciben y que los otros servicios son gratuitos. Podría contribuir a solucionar esta situación una regulación de la intermediación distinta a la del resto de actividades pertenecientes a la esfera del empleo, teniendo de esta forma las entidades forma-

tivas que organizar de forma separada la estructura por la cual desempeñan labores de intermediación.

Un aspecto a tomar en consideración, y de ahí que lo hayamos analizado de forma separada, son las disposiciones del Convenio relativas a la prohibición de discriminación y al tratamiento de datos —artículos 5 y 6—. En el caso de las agencias de colocación el artículo 2.2 del RD 735/1995 por remisión al 16.2 del TRET asegura que su funcionamiento debe estar presidido por la igualdad de trato y la prohibición de discriminación. Este principio, debido a lo dispuesto en el artículo 38.2 LBE, debe entenderse asimismo aplicable a cualquier agencia cuyas actividades se desarrollen en el ámbito del empleo. En efecto, al señalar la LBE en el citado precepto que aquél es un principio de la política de colocación, la extensión del mismo se corresponde con todas las facetas incluíbles en la colocación, según comentamos antes. Si supone, en cambio, mayor novedad para nuestro ordenamiento la previsión establecida en el Convenio 181 para con el tratamiento de datos por parte de las agencias.

Es ésta una materia regulada de forma general en nuestro país, en un primer momento por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre⁶⁸, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD, en adelante), y en la actualidad por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre⁶⁹, de protección de datos de carácter personal. Es destacable, sin embargo, que la normativa sobre las agencias de colocación no hiciera mención a la misma a pesar de que determinadas cuestiones sí incidían claramente en su ámbito, caso, por ejemplo, de la cesión de datos de las agencias de colocación al INEM⁷⁰.

Con independencia de ello, resaltamos de entre lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio la proporcionalidad en la recabación de datos que exige su apartado b). Esta disposición si bien incluida dentro del tratamiento de datos se extiende hacia otros aspectos. Así, en España, la limitación a los conocimientos que sobre los demandantes pueden obtenerse en el proceso de contratación ha venido por la interpretación del artículo 17.1 TRET, que ha permitido considerar que los datos a solicitar de los demandantes de empleo deban restringirse a los necesarios para el desarrollo del trabajo en cuestión. Puede decirse que la consideración del derecho a no ser discriminado como vía para impedir que se penetre en determinadas esferas del demandante ha sido y es, como vimos, un recurso constante en los análisis doctrinales de esta fase del proceso de contratación. De ahí que se señalara en relación a la LORTAD, opinión que puede mantenerse respecto de la LO 15/1999, que se ha articulado en una norma

⁶⁸ BOE de 31 de octubre.

⁶⁹ BOE de 14 de diciembre.

⁷⁰ A diferencia con disposiciones que han desarrollado otros aspectos del RD 735/1995, caso de la OM de 10 de octubre de 1995, cuyo artículo 10.2 en su último párrafo determina que "la cesión de datos de carácter personal del Instituto Nacional de Empleo a las entidades asociadas se realizará respetando lo contenido en la Ley Orgánica 5/1992".

concreta aquella teoría⁷¹. El que ahora el Convenio 181 incluya entre sus prescripciones esa proporcionalidad representa un avance y la consagración *directa*, no derivada de otras normas, de los límites a la información que de los demandantes de empleo pueden obtener quienes ofrecen trabajo.

Si bien algunas de las anteriores consideraciones son extensibles a todo tipo de agencias de empleo, lo cierto es que la referencia que hemos adoptado ha sido la de las dedicadas a la intermediación. En relación al otro tipo de agencia expresamente contemplada en el Convenio, las dedicadas a la cesión de trabajadores, nos encontramos en una situación distinta en nuestro país. En efecto, debido quizá a la novedad y también a las cautelas que se derivan de un esquema triangular, las ETT han sido objeto de un constante debate, que por otra parte persiste como lo demuestran las propuestas contenidas en algunos de los programas electorales presentados a las elecciones de marzo. Todo ello se ha traducido al plano normativo, que se ha ocupado de las mismas en diversas normas⁷². Esta situación coloca a España en una situación en la que buena parte de las prescripciones que el Convenio 181 contiene al respecto ya están incorporadas a nuestro ordenamiento.^o

⁷¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", RL n° 11, 1994, pág. 10.

⁷² La regulación de las mismas se inició con el RDL 18/1993, cuyo contenido desarrolló la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE de 2 de junio), desarrollada a su vez por el RD 4/1995, de 13 de enero (BOE de 1 de febrero). Recientemente, la Ley 29/1999, de 16 de julio (BOE de 17 de julio), ha modificado algunos aspectos de la Ley 14/1994.

ESPECIALIDADES EN LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORALES IRREGULARES

J. ALBERTO NICOLÁS BERNAD*

ÍNDICE

1. Las posibilidades de actuación procesal del trabajador frente a la Administración Pública
2. Diversidad de contratos temporales y antigüedad a efectos indemnizatorios
3. La opción entre indemnización y readmisión: una solución comprometida en sede de Administración Pública
4. Los salarios de tramitación
5. La correcta identificación del demandado
6. La reclamación previa a la vía judicial
7. La postulación procesal y emplazamiento de la Administración demandada
8. Especialidades en el desarrollo del proceso
9. La ejecución de las condenas pecuniarias contra la Administración Pública con causa en contratos temporales irregulares.

1. LAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN PROCESAL DEL TRABAJADOR FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por tratarse de un sujeto revestido de un especial "imperium" la Administración Pública no comparece en los procesos en los que es parte como un empresario más. En principio, es preciso reflexionar que cuando se enjuicia a la Administración se está sentando en el banco del demandado a todo el conjunto de intereses generales que representa y gestiona de ahí que, en mi opinión, sea lógica la especial predilección del legislador en aras a favorecer, a priori, a tan especial demandado¹.

* Profesor A.E.U. Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

¹ Esta preferencia se reproduce en el derecho comparado, habida cuenta de que La Administración, como cosa pública, gestiona intereses generales que no pueden estar en el mismo plano de exposición que los particulares, lo que motiva una mayor protección que desemboca en un conjunto de cautelas y especialidades procesales. Vid. LOMBARD, M.: "L'application du code du travail aux entreprises à statut", París A.J.D.A. 1991, pág. 601.