

LA REFORMA DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: IMPORTANTES ACIERTOS Y ALGUNAS DUDAS

ANTONIO COSTA REYES

NET21 NÚMERO 13, ABRIL 2023

Parece evidente que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia está acelerando el proceso reformador de gran parte de nuestro marco jurídico, en este sentido, nadie puede discutir la importancia y relevancia que el mismo está teniendo, en particular, dentro del ámbito laboral y del empleo.

Es en ese contexto en el que debe valorarse la reciente aprobación de la Ley 3/2023, de Empleo (en adelante, LE), pues, como acertadamente se ha señalado (ROJO TORRECILLA y CES 6/2022), la utilidad de dicha norma está condicionada a la implementación de otras reformas, tanto en el ámbito de las relaciones laborales (orientadas a fortalecer el empleo de calidad), como del conjunto de materias que a ella se vinculan (cualificación profesional, modernización de la Administración, transición digital y ecológica, etc.).

En este sentido, la referida LE debe encuadrarse dentro del conjunto de actuaciones derivadas de la llamada Palanca VIII (*Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo*) y, en particular, de su Componente 23 (referido a las *Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*), el cual se debe conectar, al menos, con el Componente 11 sobre *Modernización de las Administraciones públicas* (Palanca IV) -tal y como explicita el Plan respecto a la digitalización del servicio público de empleo, C23.R11.- Entre los objetivos que se pretenden con las reformas que todo ello implica, se resumiría, en lo que ahora importa, en reforzar el capital humano y “modernizar y digitalizar el Servicio Público de Empleo, con el fin de mejorar su eficacia para cubrir las demandas del mercado laboral (--)”. Más en concreto, como subraya en otro momento dicho Plan, las reformas deben procurar “una modernización de los sistemas de casación (*matching*) de oferta y demanda (...) y las políticas activas de empleo, que renueve la digitalización de los sistemas de gestión para poder aplicar la inteligencia artificial para casar oferta y demanda (...)”, para, continúa señalando, “avanzar hacia un perfilado eficiente de los desempleados, que permita mejorar el alineamiento de la oferta y demanda de trabajo. También se modernizarán las políticas activas de empleo, para mejorar la empleabilidad de la población activa -C23.R5- (...)”.

Partiendo de tales compromisos, y de las tradicionales carencias y debilidades que se han puesto de manifiesto sobre las políticas de empleo y su gestión (CES 6/2022 y AIReF, 2019), nos limitaremos a valorar la nueva LE en lo afectante a la intermediación laboral. Al respecto, uno de los principales problemas que venimos arrastrando es una muy escasa incidencia o eficacia de los servicios públicos de empleo en dicha materia, motivada por el escaso uso que las empresas y los propios trabajadores tienen en ellos por, entre otras razones, una clara falta de confianza en su eficacia. Para dar solución a esta situación, desde hace (demasiado) tiempo se veía reclamando, por un lado, una importante mejora en sus recursos materiales, digitales y humanos. Más aún, y junto a ello, se hacía evidente un replanteamiento del papel y actuaciones a desarrollar por parte de tales servicios y, por tanto, la necesidad de una reconfiguración de sus funciones y un fuerte impulso a su digitalización (*Big Data*) que permita un desempeño ágil y eficiente en su labor de intermediación-colocación en el mercado de trabajo. Sin embargo, esta cuestión se confía en exceso a las actuaciones futuras (DA Primera y Segunda LE), lo que reabre las dudas que ya plantearon sus antecedentes, por lo que sería importante que de manera urgente empezara a evidenciarse. Y, por otro lado, aunque muy conectado con lo anterior, la necesidad de un planteamiento más integral de la intermediación, que superase su concepción simplista como mera casación de oferta-demanda, ya que la misma se evidencia insuficiente frente a los requerimientos de empresas y trabajadores con relación a su finalidad (facilitar al candidato idóneo) en el contexto de un mercado de trabajo que exige adaptabilidad a las cambiantes necesidades productivas (*empleabilidad*). Es importante observar que, consecuencia también de esa visión reduccionista de la intermediación, quedaban en sus márgenes una pluralidad de actuaciones que, si bien en sus orígenes podrían considerarse complementarias a la misma, hoy en día han devenido en esenciales no solo para que ese encuentro oferta-demanda llegue a buen puerto (colocación), sino también y muy especialmente, para poder facilitar mercados de trabajo inclusivos. Nos referimos, por ejemplo, a facilitar y seleccionar la persona adecuada para la concreta oferta o a la prospección y captación de ofertas de empleo (lo que permitirá identificar las necesidades productivas respecto a la mano de obra precisa). Dejar fuera estas actuaciones, desde mi punto de vista, explicaba en buena medida esa intervención marginal de los servicios de empleo, la burocratización y falta de dinamización de la intermediación, y las graves consecuencia y abusos de mantener en la ilegalidad esas actuaciones, en particular, las agencias de selección, al quedar en una zona de oscuridad y falta de sujeción a los principios que exigen la política de empleo.

Respecto a tales retos, la nueva Ley de Empleo, si bien mantiene importantes líneas de continuidad con su antecesora (TRLE 3/2015), presenta también singulares novedades, específicamente en el tema que aquí tratamos: la intermediación laboral. En este sentido, compartimos la afirmación de que, junto

a la reconfiguración del servicio público de empleo estatal (ahora Agencia Española de Empleo), el objetivo real y central de la Ley 3/2023 es centrarse en la intermediación (ALFONSO MELLADO).

Finalidad y objeto: una visión más integral

Debemos comenzar subrayando el cambio sistemático de la configuración de la intermediación laboral, pues se procede ahora a integrarla formalmente dentro de las políticas activas de empleo (y no, como hasta ahora, que se consideraba como un instrumento de política de empleo distinto -e independiente- de las mismas). La variación tiene su sentido y guardará coherencia con las nuevas actuaciones que integran el conjunto de acciones en las que se concreta.

Ciertamente, y como se advierte del art. 40 (y art. 3) LE, las actuaciones que comprenden la intermediación superarán aquella visión reduccionista, simple -y desde hace tiempo desfasada- de su concreción con la mera puesta en contacto entre personas trabajadoras y empleadoras, y la acercarán al concepto más amplio de colocación (en línea con el Convenio 88 OIT sobre el servicio del empleo, 1948 y el posterior Convenio 181 OIT sobre las agencias de empleo privadas, 1997). No otra puede ser la conclusión cuando ya en su propia definición legal, si bien mantiene su finalidad ("proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades"), señala que debe realizarse "desde un enfoque integral", lo cual reclamará una ampliación de su objeto, de modo que dentro del conjunto de actuaciones que debe implicar la intermediación se incluirán ahora expresamente hasta cuatro tipo de actividades distintas (pero integradas e interconectadas):

- a. Prospección y captación de ofertas de empleo.
- b. Puesta en contacto y colocación o recolocación.
- c. Selección de personas trabajadoras idóneas para un puesto.
- d. Puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria, del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias no se traduzcan en barreras.

Como hemos adelantado, y de manera acertada a nuestro entender, la nueva conceptualización de la intermediación, su visión más integral, la acerca a la idea de colocación, al punto de que la propia norma utilizará de manera distinta ahora uno u otro término (*vid.* algunas similitudes con las actuaciones de las agencias de colocación, art. 2 RD 1796/2010). Esta nueva definición parece responder mejor a uno de los objetivos de las políticas de empleo en esta materia (art.4.e) LE): "la adecuación, cuantitativa y cualitativa, de oferta y demanda de empleo, mediante la implementación de servicios de intermediación y colocación

eficientes orientados a la prospección y captación de ofertas de trabajo y a la redirección de estas últimas a las personas candidatas más idóneas". Destacamos de tal objetivo tanto la necesidad de que este servicio sea eficiente (para cuya verificación, como luego veremos, se implementaran diversos índices que permitan medirlo), como su expresa orientación a lo que hasta ahora venían siendo actividades jurídica y formalmente complementarias a la intermediación: la prospección y captación de ofertas de trabajo y, junto a ello, la facilitación y selección de personas idóneas (desde la perspectiva tanto de las necesidades empresariales como de las personas trabajadoras candidatas, lo que implicará, en su caso, acompañar la mera casación de otras actuaciones que faciliten esa adecuación y/o limiten los obstáculos que puedan impedirlos).

Destacaría ahora tres aspectos que pueden extraerse de esta nueva regulación (arts. 3 y 40 LE). Primero, y como adelantábamos, con la ampliación del concepto de intermediación, la misma no se limitará al acto de casar o poner en contacto oferta y demanda de empleo, sino que incluirá cualquiera de esas otras actuaciones, las cuales, a diferencia de lo que hasta ahora acontecía (art. 31 TRLE), quedarán sujetas a las exigencias, controles y principios que rigen la intermediación, superando la anterior situación que, precisamente por esa visión tan restrictiva, las dejaba fuera. Este ensanchamiento merece una muy positiva valoración, ya que aleja las múltiples interrogantes que con anterioridad se planteaban en la práctica a la hora de delimitar donde acababa una y empezaban las otras y que, a la postre, terminaban por profundizar en la marginalidad estadística intermediadora de los servicios de empleo, pues las empresas en particular y el mercado en general, reclaman esa adecuación cualitativa de oferta y demanda, de ahí que sean otros agentes ajenos (también ciertas herramientas electrónicas, incluso de "autointermediación" como LinkedIn y otras redes sociales, etc.) los que en la práctica estaban teniendo un protagonismo real en procurar la colocación de la persona trabajadora y, con ello, satisfacer las necesidades de fuerza de trabajo.

Segundo, también merece destacarse que ese conjunto de actuaciones destinadas a tales objetivos, particularmente a localizar al candidato apropiado, debe realizarse desde un *enfoque integral*, esto es, teniendo en cuenta todos los elementos que deben valorarse: capacitaciones, realidades del mercado territorial, necesidades productivas, demandas y ofertas existentes, situaciones subjetivas, etc. A nuestro parecer, este enfoque de conjunto implicará que la labor de intermediación (además de su sometimiento a los principios rectores y objetivos en tal sentido de las políticas de empleo -arts. 4 y 5 LE-), se conecte con el concepto, actuaciones y principios de *empleabilidad* (Cap. II, Tít. III LE) y, obviamente, con los colectivos de atención prioritaria (Cap. V, Tít. III LE) y la cartera o catálogo de servicios garantizados (Tít. IV LE). Y junto a ello, parece más adecuado a las previsiones exigidas en el Convenio 156 OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

Y tercero, en línea con esa lógica de una visión amplia e integral, la nueva regulación prevé que, junto a la intermediación propiamente dicha, se incluirá además una subcategoría, la llamada *colocación especializada*, la cual engloba a su vez a dos tipos de actividades: de un lado -y en parte ya conocida-, la destinada a la *recolocación* de personas afectadas en procesos de reestructuración. La novedad en esta cuestión reside en que ahora se prevé no solo respecto a la contemplada en los planes sociales o programas de recolocación externa para los casos de despido colectivo (el art. 44 LE remitirá a lo dispuesto en el art. 51.10 LET y al art. 9 RD 1483/2012 y subrayará que tendrán especialmente en cuenta el retorno al mercado de trabajo de las personas afectadas mayores de 52 años); sino también la decidida a iniciativa de los servicios públicos de empleo "cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno", lo que permitiría extenderlo para el general de las personas afectadas, singularmente, pero no solo, para los casos de transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos (en lógica con la modalidad *cíclica* del Mecanismo RED).

Y, de otro lado, la actividad de *selección* de personal, incluso cuando el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera extender la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas no inscritas como demandantes de los servicios públicos de empleo. Sin duda, esta acertada previsión obligará a la reconversión de los gabinetes de selección (incluso, al no limitarse tal actividad a quienes sean demandantes de empleo, alcanzará la labor de las llamadas agencias de "cazatalentos"), al objeto de cumplir los requisitos para desarrollar esta actividad como agencia de colocación y, junto a ello, ajustarse a los principios de igualdad y no discriminación exigidos (art. 41 LE con relación a los arts. 43 y 45 LE). En todo caso, como la propia norma señala, esta actividad podrá ser desarrollada igualmente por los servicios públicos de empleo.

Nos parece muy conveniente esta opción ampliadora de *colocación especializada*, por cuanto que, con relación a la primera, permitiría superar en parte las limitaciones subjetivas que implicaba este derecho a la *recolocación* inicialmente configurado por la Ley 3/2012. Y respecto a la de *selección*, porque como antes ocurriera con las empresas de recolocación, la actividad de las entidades o agencias de selección evidenciaba demasiadas similitudes respecto a la intermediación, lo que hacía más que razonable su comprensión dentro de tal concepto y sus exigencias.

Principios rectores

La LE reafirmará el carácter público del servicio de intermediación (Convenio 88 OIT) y, más allá incluso, reforzará la gratuidad del mismo, ya que no solo

confirmará tal principio respecto a los trabajadores, sino que viene a aclararlo para las empresas (art. 42.4 LE), pues el silencio en las anteriores normativas (y las posibilidades abiertas por la normativa internacional -Convenio 181 OIT-), permitía admitir el cobro de tales servicios.

Junto a ello, se pretende fortalecer uno de los principios tradicionalmente criticados en las políticas de empleo: su (falta de) eficiencia y eficacia (art. 5, e LE). En este sentido, debemos destacar favorablemente la introducción de diversos índices que nos permitan evaluar en esos términos la labor de intermediación. Así, junto a los instrumentos de evaluación y control de las entidades de intermediación colaboradoras, serán de especial interés dos índices ahora incorporados expresamente: tanto la *tasa de intermediación* (art. 36.1, 4º LE y parcialmente conectado con el art. 20 RD 1796/2010), “que permitirá medir el impacto de las atenciones a las personas en sus transiciones al empleo y la efectividad en la atención a las empresas que solicitan cubrir sus puestos vacantes”; como los llamados *indicadores de eficiencia* (art. 46 LE). En relación con estos últimos, que serán objeto de regulación reglamentaria, debemos también destacar que parecen querer dejar atrás el uso exclusivo de criterios cuantitativos simplistas (v.gr., número de personas atendidas o de inserciones conseguidas), pues terminaban por “castigar” precisamente a los colectivos con mayores dificultades de inserción, al ser menos interesantes en esos términos para los agentes de intermediación. En este sentido, y en línea con los principios de igualdad y no discriminación (art. 5, a LE), se pretende que tales indicadores permitan valorar también y muy especialmente otros aspectos cualitativos (v.gr., perfil de las personas atendidas, ofertas de empleo captadas, reducción de las brechas de género), de tal modo que con ello se permita “incentivar el acceso en condiciones de igualdad a los Servicios de Empleo por parte de cualquier persona, con independencia de su nivel de empleabilidad inicial”.

Por último, muy conectado con los principios de transparencia y colaboración (art. 5, b y c -en relación con el párr. 2º LE), se reafirmarán y fortalecerán las obligaciones de los agentes de intermediación (particularmente de las agencias de colocación -AC- y, en general, las demás entidades colaboradoras) respecto al Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (art. 14 LE) -incluso de las empresas y demás entidades empleadoras usuarias de los servicios de empleo, con el compromiso de comunicar los puestos vacantes previstos, art. 59, b LE)-. Esta cuestión es sin duda básica, pues no debe descuidarse que tal Sistema pretende garantizar precisamente que “se lleven a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral, sin barreras (...)”, para lo cual es necesario aglutinar la “información relativa a las vacantes actuales y previsibles que existen o van a existir en las empresas y servirá a la adecuada cobertura de las necesidades presentes y futuras de estas, así como a la prospección de las mismas” (art. 15 LE). Así pues, en nuestra opinión, debe aplaudirse el refuerzo de las obligaciones en este aspecto esencial para la

intermediación (*vid.* igualmente, su incidencia en términos de financiación, ex art. 62.4 LE), porque pese a que esa previsión sobre el suministro de información ya existía para las AC (art. 5.m) con relación al art. 6 RD 1796/2010), lo cierto es que en la práctica existe un importante déficit para el SNE por parte de esos sujetos y agentes.

Agentes de la intermediación

En cuanto a los llamados agentes de intermediación (art. 41 LE), la nueva regulación no presenta innovaciones, pues mantiene tanto a los servicios públicos de empleo como a los servicios que se reglamenten para las personas trabajadoras en el extranjero (EURES), pasando por las ya conocidas agencias de colocación (públicas y/o privadas y con o sin ánimo de lucro, entre las que se encuentran, recordémoslo, las ETT así constituidas).

No obstante, como sabemos, no se agotan aquí todos los sujetos que en la práctica realizan actividad intermediadora, y no tanto porque no se mencionen a lo largo del texto, sino porque pareciera que expresamente se les excluye de la necesidad de constituirse como AC. Nos referimos ahora tanto a las entidades colaboradoras (art. 41.2 LE) como a los conocidos *portales digitales de empleo* o las *redes o apps profesionales* (art. 3.c), 2º LE). Sin embargo, en una lectura más atenta, creemos que realmente no estamos ante una excepción absoluta de su consideración como tales agentes (y, por ende, a su ajuste a las reglas y principios que rigen la intermediación y las políticas de empleo). Así, respecto a aquéllas, se precisa que las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo solo quedan excluidas de la exigencia de tal constitución cuando se limiten a realizar “de manera *complementaria* actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas participantes en los mismos, en los términos establecidos en la normativa reguladora correspondiente (...)”. Cabe recordar que, ya con anterioridad (art. 34.2 TRLE), concretas fases de la intermediación podían ser externalizadas a tales entidades colaboradoras, aunque restringiéndolo a aquellas especializadas en colectivos con especiales dificultades de inserción laboral. La nueva regulación amplía esa posibilidad, tanto respecto a las personas destinatarias de esta especie actividad intermediadora “complementaria” como a los sujetos que pueden llevarla a cabo, al añadir ahora expresamente también a las entidades promotoras de programas de políticas activas de empleo (*vid.*, art. 33.5 LE: entidades locales, universidades públicas, etc.). Con todo, conviene aclarar que la norma no crea nada que no estuviera aconteciendo en la realidad, particularmente si tenemos en cuenta la ampliación de las actuaciones que ahora se engloban bajo el concepto de intermediación.

En cuanto a los segundos (*portales o redes digitales*), debemos partir de una importante observación y es que la nueva regulación solo considera intermediación cuando las actuaciones que la integran no se lleven a cabo “exclusivamente por medios automatizados” (art. 3.c), 2º LE). Costaría entender que tal previsión implicase su exclusión absoluta, pues es evidente la actual relevancia de tales herramientas (el propio ordenamiento lo ha reconocido en alguna ocasión respecto a su papel en la búsqueda activa de empleo, v.gr., art. 8.2, c) RD 7/2015) y su potencial crecimiento fruto de los avances en la IA, tanto más porque desde hace tiempo se vienen señalando los riesgos ciertos que los mismos presentan, tanto para los potenciales trabajadores afectados como para las propias agencia de colaboración, si quedan fuera de las exigencias, controles y principios que rigen la intermediación. Y en este sentido, el problema se agrava ante las limitaciones de aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/679 de protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos y de la tutela antidiscriminatoria a las decisiones algorítmicas automatizadas sobre empleo. En definitiva, parecería criticable que esa exclusión pudiera implicar que tales instrumentos *digitales* queden al margen de algunos de los principios rectores en materia de intermediación, en concreto, la privacidad y protección de datos, la gratuidad de los servicios y la igualdad real y efectiva de las personas [art. 5, a) LE, en conexión con los arts. 17 y 4.2, c) LET, en relación todo ello a los arts. 9.2 y 14 CE y la Directiva 200/78/CE].

Por esa razón, en nuestra opinión, es precisa una interpretación restrictiva de tal salvedad, y, por tanto, sin perder de vista que solo afecta a quienes desarrollen tareas de intermediación “exclusivamente por medios automatizados”. No otra puede ser nuestra conclusión, entre otras razones, porque ya con la normativa actual se consideran AC a aquellas entidades que realicen intermediación utilizando exclusivamente medios electrónicos (art. 3 RD 1796/2010). Pero más allá incluso, desde una perspectiva razonable y coherente de la exclusión con la lógica ampliadora e integral de la intermediación (y el mencionado Plan respecto a la digitalización del servicio público de empleo, que expresamente toma en consideración la relevancia de “la digitalización de los sistemas de gestión para poder aplicar la inteligencia artificial para casar oferta y demanda”), solo deberían quedar excepcionadas cuando no haya una intervención activa (por ejemplo, de verificación y valoración concreta por parte de la plataforma sobre las ofertas o demandas de empleo). De tratarse de una actuación así de limitada, parece que los riesgos serán marginales, porque carecerían de la capacidad de influir realmente en el comportamiento de empresas o trabajadores, pues se trataría de una actividad algo más refinada de la -ya con anterioridad también excluida- puramente informativa de publicación genérica de las ofertas o demandas.