

CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO EN LA LEY 3/2023, DE EMPLEO

CONCEPT AND REGULATION OF INTERMEDIATION IN THE LABOR MARKET IN LAW 3/2023, ON EMPLOYMENT

José Luis Lázaro Sánchez
Prof. Titular de la Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0003-1186-8860
jlazaro@us.es

RESUMEN: La aprobación de la Ley 3/2023, de Empleo resulta una ocasión propicia para analizar una actividad, la intermediación, presente tradicionalmente en las normativas sobre empleo. Y lo es, por cuanto se han producido algunos cambios, tanto en la concepción de la actividad como en su regulación, modificaciones que, además, se han producido en virtud de otras normas, que igualmente son objeto de análisis en este estudio.

PALABRAS CLAVE: Empleo, colocación, intermediación, selección, ofertas de trabajo, demandantes de empleo, candidatos, discriminación.

ABSTRACT: Summary: The approval of Law 3/2023, on Employment, is a favorable occasion to analyze an activity, that of intermediation, traditionally present in employment regulations. And it is, because some changes have occurred, both in the conception of the activity and in its regulation, modifications that, in addition, have occurred by virtue of other regulations, which are also the subject of analysis in this study.

KEYWORDS: Employment, placement, intermediation, selection, job offers, job seekers, candidates, discrimination.

Recibido: 01/02/2024; Aceptado: 27/02/2024; Versión definitiva: 27/02/2024.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado - Monográfico (2023) 207-228
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2023.06>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERMEDIACIÓN EN LA LEY 3/2023, DE EMPLEO. 3. LA SELECCIÓN COMO ACTIVIDAD EXPRESAMENTE INTEGRADA EN EL ÁMBITO DE LA INTERMEDIACIÓN. 4. LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE DEBEN REGIR LA INTERMEDIACIÓN. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, con ocasión de un breve apunte acerca de la noción de intermediación reflejada en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo¹, destacamos la ampliación que de esta actividad puede observarse en el nuevo texto legal. Resaltamos entonces que, por un lado, se concretan en mayor medida las acciones que integran esta actividad, y, por otro, subrayamos el hecho de que ello suceda con una de dichas acciones, la selección. A la vez, anotamos la circunstancia de que la nueva Ley excluya de la noción de intermediación la actividad que se desarrolle exclusivamente por medios automatizados.

Ahora, la perspectiva que vamos a seguir, en un nuevo acercamiento a esta actividad², pasa por desarrollar esas ideas, pero también, y sobre todo, por centrarnos en los criterios que, según la normativa, deben regir la actuación de los intermediarios en el mercado de trabajo; más bien, cabe decir, de los criterios vedados en el desarrollo de su función.

Y es que, a nuestro juicio, cabe considerar que en esta materia lo relevante ya no es la actividad en sí misma, y en ordenar quién la desarrolle, sino, en especial, los resultados del proceso de colocación.

Durante buena parte de su regulación histórica, la intermediación se reguló de una manera restrictiva hacia la intervención de la iniciativa privada, entre otras cosas por la trascendencia que se suponía tenía esta actividad en el funcionamiento del mercado de trabajo. Esta concepción, apoyada en la que tenía la normativa de la OIT, cambió, tanto porque lo hizo ésta –convenio nº 187–, como porque los principios del derecho de la Unión Europea motivaban que así fuera, en tanto la libertad de prestación de servicios se opone, con carácter general, a la existencia de sistemas monopolísticos, como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en algún caso, como en el asunto *Macrotron*³. Además de las consideraciones jurídicas, esta es una actividad que ha experimentado notables cambios como consecuencia del impacto, como en casi todo, de la tecnología. En este sentido, baste como ejemplo el hecho de

1. “La ampliación del concepto de intermediación por la Ley 3/2023”, Trabajo, persona, derecho y mercado, <https://grupo.us.es/iwpr/category/proyecto-reforma-del-derecho-del-empleo/>

2. De forma extensa, lo hicimos en Lázaro Sánchez, 2003. Posteriormente, en esta materia, nos remitimos a Alarcón Castellanos (2009), y Rodríguez Escanciano (2012).

3. Asunto C-41/90, resuelto por sentencia de 23 de abril de 1991.

que los demandantes de empleo pueden acceder directamente a las ofertas de empleo de las empresas a través de las propias webs o redes sociales de éstas sin necesidad de pasar por intermediario alguno.

Debido a ello, y en tanto la intermediación, como punto de encuentro entre oferta y demanda de empleo, deja de ser una función estratégica, las razones determinantes de que las personas sean elegidas o no para un puesto de trabajo es, a nuestro entender, la principal cuestión desde la perspectiva jurídica. Esto, nos va a conducir al análisis de lo que la normativa regula al respecto, porque, como ya hemos apuntado, más que ordenar la forma en la que la intermediación debe desarrollarse, la regulación de la misma se caracteriza por poner límites, prohibiciones, de cómo esta actividad no puede llevarse a cabo. En realidad, se trata de criterios que van más allá de la ordenación de esta función en el mercado de trabajo, extendiéndose al proceso de colocación, se desarrolle éste con o sin presencia de intermediarios. Asimismo, abordaremos las dificultades que, para esta actividad, y para el acceso al empleo en general, se derivan de la consolidada y creciente presencia de la tecnología en este ámbito. No obstante, antes de todo ello, desarrollaremos las ideas que apuntamos en el comentario al que hicimos referencia al comienzo.

2. LA INTERMEDIACIÓN EN LA LEY 3/2023, DE EMPLEO

Cabe señalar en primer lugar que la actual Ley de Empleo (LE, en adelante) emplea una terminología diversa, por cuanto a veces se refiere a la intermediación mientras que en otras lo hace a la colocación. Para contextualizar esta cuestión, cabe señalar que el legislador configura la política de empleo a partir de dos pilares, el de las políticas activas de empleo y el de las políticas de protección frente al desempleo, y las primeras, conforme el art. 31 LE, se integran un conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento.

Más allá de que esté incluida nominalmente en la relación de acciones que conforman las políticas activas de empleo, la intermediación conserva la singularidad que ya tenía en la legislación precedente, lo que se aprecia en la estructura del título III de la Ley, dedicado a estas políticas, en el que tras dedicar un capítulo a disposiciones generales sobre las mismas y a definir las, incluye un capítulo relativo a la empleabilidad y otro a la intermediación, amén de otros dos capítulos destinados a otros aspectos. Es decir, que las políticas activas de empleo descansan en las acciones de empleabilidad y en las de intermediación, definidas éstas por el art. 3 LE, como “conjunto de acciones destinadas a 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 desde un enfoque

integral”. Y ese conjunto se concreta, tanto en ese último precepto como en el art. 40 LE, incluyendo una serie de actividades: la prospección y captación de ofertas de empleo, la puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación, o recolocación, la selección de personas trabajadoras, y la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral.

A salvo de la indefinición y amplitud de esta última referencia, la intermediación se perfila como una actividad próxima al objetivo final, la obtención de un empleo, la colocación. Es precisamente esta relación entre la finalidad última del proceso –la colocación– y las acciones que de manera más directa permiten conseguirla –las que integran la intermediación–, la que propicia que la primera englobe y absorba a la segunda. Es en este sentido en el que suele hacerse referencia indistintamente a uno y a otro término, y a que, a veces, se aluda a la colocación, que es el objetivo final de todo el conjunto de las políticas activas de empleo, aunque quiera hacerse sólo de una parte del proceso.

Más allá de las cuestiones terminológicas, y en lo que estrictamente se considera intermediación, el legislador, como hemos apuntado, desarrolla en mayor medida el contenido de esta actividad. En este sentido, la ley precedente definía a la intermediación a partir de la idea de una actividad integrada por un conjunto de acciones, que no llegaba a precisar, cuyo objeto era poner en contacto las ofertas y demandas de trabajo, y cuya finalidad era proporcionar un empleo a los trabajadores, y facilitar trabajadores a los empleadores. Puede afirmarse que era una noción no muy precisa, lo que no redundaba en la calificación jurídica de todas las actividades que pueden desarrollarse en ese ámbito del mercado de trabajo y que presentan la misma finalidad.

Es cierto que, por un lado, que dicho texto legal consideraba también intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores, y que, por otro, con ocasión de las actuaciones que las agencias de colocación pueden desarrollar, se establecía que además de la intermediación estas agencias “podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”. Se trata de precisiones que ayudaban a una mejor delimitación de la actividad de referencia, aunque seguían planteando dudas, por cuanto, en primer lugar, y respecto a la recolocación, ésta se consideraba intermediación cuando se desarrollara en el marco de procesos de reestructuración empresarial, y hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación. Es decir, no se incluía, sin más, a la recolocación, o en terminología más conocida, el *outplacement*⁴, como manifestación de intermediación laboral. Por otro,

4. Lázaro Sánchez, 2003, 89.

y en lo referido a esas otras actuaciones que las agencias podían desarrollar, las contempladas expresamente lo eran de forma complementaria –*asimismo*– y ejemplificativa –*tales como*–, a la actividad de referencia. Y todo ello en un contexto en el que la normativa sancionadora⁵ tipificaba como infracciones muy graves ejercer actividades de intermediación laboral sin someterse o contraviniendo su normativa aplicable a las agencias de colocación”.

Como apuntamos antes, la actual legislación de empleo define en su art. 3 la intermediación laboral como “conjunto de acciones destinadas a 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 desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras. En cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados”. Asimismo, desde la perspectiva conceptual, ha de considerarse lo dispuesto en el art. 40 LE, que considera colocación especializada las actividades de recolocación y selección, a la vez, y como también comentamos, entre las acciones que pueden considerarse parte de la actividad de intermediación están las proporcionadas a personas solicitantes de empleo que en atención sus circunstancias personales, sociales o familiares, puedan encontrarse con barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral.

Como se aprecia, se parte de la misma idea de amplitud en las actuaciones –*conjunto de acciones*–, pero se concreta esa globalidad en unos términos que reflejan que la actividad no se circunscribe a la puesta en contacto de oferta y demanda de empleo, que es una de las acciones, junto a otras, que también integran de manera expresa ese conjunto– *prospección y captación de ofertas de empleo, recolocación y selección*–, todo lo cual redundando en la mejor precisión de la actividad en cuestión, teniendo en cuenta, además, que la normativa sancionadora se mantiene en sus mismos términos, en lo que se refiere a la licitud o no de la intermediación.

Y antes de centrarnos en una de estas acciones, la selección de trabajadores, comentamos la previsión del art. 3 c), segundo párrafo, LE: “en cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados”. Se produce así un cambio respecto de la ordenación precedente en la que contemplaba expresamente –art. 33.2 RD Legislativo 3/2015–, la posibilidad de que las agencias de colocación operaran exclusivamente por medios electrónicos.

5. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

Es ésta una delimitación negativa de la actividad, que no tiene en cuenta si los elementos definitorios de la intermediación se dan –prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto entre ofertas y demandas de empleo, recolocación o selección de personas–, o en qué grado lo hacen, sino el hecho de que esas actividades se realicen exclusivamente por medios automatizados. Ya nos ocupamos en su momento de la calificación jurídica que pudiera dársele a las acciones que en el ámbito del empleo se desarrollen a través de este tipo de medios⁶. El planteamiento del legislador ahora es la exclusión de la aplicación del régimen jurídico de la intermediación a esta forma de llevarla a cabo, sin que sea, por tanto, necesario analizar si se dan los rasgos propios de la esta actividad. Desde esta perspectiva, lo que incluye o excluye del ámbito de aplicación de la LE a los operadores en el mercado de trabajo es la forma, por medios automatizados o no, de desarrollar la intermediación.

Esto que, en principio, clarifica la naturaleza jurídica de las actividades pertenecientes a la esfera de la intermediación desarrolladas, exclusivamente, de manera automatizada, puede propiciar, facilitar, la inaplicación de dicho régimen jurídico, con las consecuencias que ello tiene, dejando fuera a un gran número de operadores del *mercado* del empleo. Y la inaplicación del régimen jurídico de la intermediación sitúa a estos operadores en un terreno no regulado, si bien, cabría considerar que hay determinados principios de la LE plenamente aplicables a todas las actividades, automatizadas o no, que se despliegan en el terreno del acceso al empleo.

En otro orden de consideraciones, y en un contexto tecnológico general como el que vivimos, resulta llamativo que la LE haya dispuesto la exclusión del ámbito de aplicación de la intermediación de las formas de operar en el mercado del empleo a través exclusivamente de medios automatizados. Incluso la propia LE contempla de manera específica la utilización de tales medios, como sucede en el art. 17⁷, relativo a la toma de decisiones fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo, precepto en el que se detecta la preocupación por la repercusión en la efectividad de la prohibición de discriminación⁸.

Ha de tenerse en cuenta el impacto que la tecnología ha tenido en el devenir de este ámbito del mercado de trabajo, afectando a la actividad de intermediación en sí misma de manera importante. En este sentido, ya tuvimos la ocasión de señalar⁹ la consolidada e importante utilización por las empresas, en los procesos de

6. Lázaro Sánchez, 2003, 100; 2018, 441.

7. . “En la toma de estas decisiones y recomendaciones, se actuará siempre en defensa de los derechos al empleo y al acceso a los servicios públicos de empleo de la persona interesada y se evitará la discriminación directa o indirecta. A tal fin, se evaluarán con periodicidad anual los efectos de las mismas, para producir las modificaciones que sean necesarias para un tratamiento igualitario y no discriminatorio de cada individuo demandante de los servicios de empleo”.

8. Sobre el particular: Rivas Vallejo, P. (2022).

9. Lázaro Sánchez, 2018, 452.

contratación, de recursos apoyados exclusivamente en las tecnologías, como pueden ser webs de empleo o las redes sociales.

Al respecto, téngase en cuenta que, si el proceso de colocación se lleva a cabo a través de métodos automatizados, puede que se desarrolle sin ser conocido por el mercado de trabajo¹⁰, y, sobre todo, por los propios interesados. Esta es una situación perfectamente posible y frecuente por cuanto esos medios propician que demandantes y candidatos a un empleo lo sean al mercado de empleo en general, a la vez que a los trabajos concretos que demanden las empresas; es decir, que se conviertan en candidatos permanentes, y que, sin saberlo, estén incluidos en procesos reclutamiento y selección.

Es lo que denominamos en una ocasión¹¹ el candidato digital, que lo es desde que comienza a utilizar tales medios, por ejemplo, las redes sociales, incorporando su perfil profesional, permitiendo y siendo susceptible de ser evaluado en cualquier momento por el resto de los miembros de la red. En estos casos, cada vez más frecuentes, es difícil que pueda fiscalizarse la observancia de los criterios normativos que prohíben tratamientos discriminatorios, sencillamente porque, a salvo de quien realiza la búsqueda y/o evaluación de personas a contratar, tal proceso, y sus resultados, no son conocidos.

3. LA SELECCIÓN COMO ACTIVIDAD EXPRESAMENTE INTEGRADA EN EL ÁMBITO DE LA INTERMEDIACIÓN

En la mayor precisión que se hace de las acciones que configuran la intermediación cabe destacar lo relativo a la selección, faceta del proceso de colocación que resulta decisiva en el resultado final y que, sin embargo, ha merecido un tratamiento normativo, cuando menos, discreto. En este sentido, la anterior ley de empleo, con ocasión de las actuaciones que las agencias de colocación pueden desarrollar se refería a la selección de personal. Esta referencia no suponía que esta actividad fuera intermediación, sino sólo que estos operadores del mercado de trabajo, además de realizar su actividad principal, la intermediación, podían realizar otras acciones, caso de la selección. Pero visto desde otro punto de vista, significaba que la actividad de selección no quedaba sometida al régimen jurídico de la intermediación, y que, por tanto, a los operadores privados que se dedicaran a la selección de trabajadores, pero no intermediaran, no se les aplicaba la normativa de las agencias de colocación.

10. Lo que suele conocerse como mercado de trabajo oculto, expresión que refleja que las empresas no exteriorizan su voluntad de iniciar procesos de contratación, desarrollándolos con el apoyo de medios automatizados.

11. Lázaro Sánchez, 2018.

Esto se constata analizando lo establecido en la normativa sancionadora, en la que desde su redacción inicial hasta la que ha tenido antes de la entrada en vigor de la actual LE, el art. 15.1 recogía como infracción muy grave “no informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo”. En la actualidad, y a partir de lo dispuesto en la disposición final primera LE, por la que se modifica la LISOS, el apartado del artículo 15 quedó suprimido¹². Es decir, las empresas de selección se contemplaban de manera separada de las agencias de colocación, y mientras que respecto de éstas la infracción era desarrollar *indebidamente* la intermediación laboral, o incumplir su normativa, para aquéllas la infracción se *limitaba* a incumplir una obligación de información que, por otra parte, no se definía en cuanto a sus contenidos.

Esta forma de ordenar la actividad de selección era cuestionable porque separar su régimen jurídico del de la intermediación no parecía razonable por las evidentes conexiones entre ambas actividades, estrechamente vinculadas entre sí, y cuya distinción, aunque posible, reproduce un esquema revisado a nivel internacional¹³. En efecto, puede decirse que la intermediación estrictamente considerada es conectar ofertas y demandas de empleo, mientras que la selección es una actividad posterior, a través de la cual se elige a las personas adecuadas, que en esta *fase* pasan de ser demandantes de empleo a candidatos. Al margen de que hay una evidente complementariedad entre ambas actividades, esta distinción en el plano conceptual no parece que deba trasladarse a sus regímenes jurídicos, y menos aún traducirse en ordenaciones no sólo distintas, sino, sobre todo, con muy diferente intensidad.

Es cierto que a las agencias de colocación se les permite, además de la intermediación, actuar en el terreno de la selección, pero ha de considerarse que mientras las agencias de colocación se encuentran reguladas en su funcionamiento, las agencias o empresas de selección prácticamente no lo están, a salvo la referida obligación de información. Y esta circunstancia puede determinar que sea más *atractivo* para los operadores privados centrarse en la selección, o configurarse como entidades que *sólo* se dedican a esta actividad, evitando así someterse a la normativa reguladora de la intermediación. En este sentido, con la anterior normativa de empleo las agencias de colocación, además de conectar ofertas y demandas de empleo, podían realizar labores de selección. Pero, al ser ésta una actividad *sólo* complementaria de la intermediación, pero que no formaba parte de la misma, las empresas o agencias que se dedicaban a

12. Esta supresión ha de entenderse en el sentido de que la selección forma parte de la intermediación, y de su régimen jurídico, y que, por tanto, a las agencias o empresas de selección se les aplica el régimen jurídico de la intermediación, de las agencias de colocación.

13. Así se desprende de la normativa de la OIT, de cuyo Convenio nº 181, interpretamos la apuesta y el cambio de esta Organización en favor de carácter integrador de la actividad, englobando en su regulación más acciones de la vinculación entre ofertas y demandas de empleo, que ha sido la que tradicionalmente la ha definido. En este sentido, un primer acercamiento a este convenio lo hicimos en Lázaro Sánchez, 1999; posteriormente, junto con Del Rey Guanter, S.: 2000.

la selección, pero no a la intermediación, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la normativa de las agencias de colocación, por cuanto ésta era de aplicación a quienes intermediaban.

Al margen de estas consideraciones, no parece que fuera la opción más adecuada que acciones cercanas y complementarias del proceso de colocación, tuvieran un régimen jurídico dispar, y ésta es una situación que se ha modificado con la actual LE. Porque, en efecto, en ésta, entre las actividades que pueden formar parte del conjunto de acciones integrantes de la intermediación, se incluye la selección de personas trabajadoras, actividad que se define –art. 40.4– como “colocación especializada”, al igual que se hace, se sigue haciendo cabe decir, con la actividad de recolocación de trabajadores.

Puede decirse que el reconocimiento de la selección como actividad integrante de la intermediación se hace en parecidos términos al que tuvo lugar a partir de 2010, por la Ley 35/2010, que reformó la normativa de empleo, integrando la recolocación en la noción de intermediación, a la vez que la consideró una actividad especializada dentro de ésta¹⁴. Y también puede decirse que supone un nuevo avance en el concepto de intermediación, que más de diez años después de aquella fecha sigue en la línea de ensanchar la noción de intermediación, integrando en la misma actividades –recolocación, primero, y selección, después– que por su evidente relación con la conexión entre ofertas y demandas de empleo deben considerarse parte de la intermediación en el mercado de trabajo y sometidas al mismo régimen jurídico¹⁵. Consiguientemente, en la actualidad, la realización de labores de selección en el mercado de trabajo determina, para las entidades que lo hagan, la calificación como agencias de colocación especializadas, como expresamente prevé el art. 41 LE.

Por otra parte, y sobre la actividad de selección en sí misma, la LE, a partir de la idea genérica y tradicional de que su objeto consiste en elegir una persona para un puesto de trabajo, precisa –art. 40.4– que también se considera como tal el reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado a través de la búsqueda de la candidatura entre personas no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo.

En principio, la selección es una actividad que se despliega a partir de la existencia de candidaturas a un determinado puesto de trabajo, candidaturas que lo son, en términos generales, por una labor previa de conexión, vinculación, entre la

14. La recolocación, como manifestación de la actividad de intermediación, sigue vinculándose a la desarrollada en procesos de reestructuración empresarial, y cuando hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos.

15. Sobre este proceso de ampliación de la noción de intermediación, referido en particular a la recolocación, me permito remitirme a Lázaro Sánchez 2018, 501.

oferta empresarial y los demandantes de empleo interesados en la misma –en lo que puede considerarse intermediación estricta–, o también porque estos últimos hayan manifestado, de diversa forma y en algún momento un interés por trabajar en una determinada organización. Es decir, la labor de selección se realiza con personas localizadas previamente y entre las que debe elegirse a la que se considere adecuada a la oferta empresarial. Pero puede suceder que en la selección de la persona idónea a una determinada oferta de empleo no haya candidaturas a considerar, lo que puede ocurrir porque, por ejemplo, dicha oferta no se ha exteriorizado al mercado de trabajo; también porque aun siendo conocida en el mercado de trabajo no haya habido personas interesadas en la misma, o, incluso, que aun habiendo personas que hayan manifestado interés en la oferta no respondan al perfil requerido. En tales casos, o incluso cuando tales presupuestos no se dan, la selección de la persona a contratar pasa por localizar, buscar, a la persona idónea, adecuada a los requerimientos empresariales. En este sentido, existe en el mercado de trabajo desde hace tiempo una actividad conocida con diversa denominación, aun cuando la de *headhunters* sea la más extendida, que se caracteriza precisamente por esta forma de realizar la selección y cuya calificación jurídica también ha sido debatida¹⁶.

Podría pensarse que se trata de otra integración en el concepto de intermediación de una actividad especializada, pero esta vez de una parte específica del conjunto, la selección de trabajadores. No obstante, por un lado, este carácter especial no se le reconoce por el legislador, que considera, sin más, que también es selección el método de reclutamiento que consista en la búsqueda de la candidatura. Por otro lado, se trata de una manifestación específica de la actividad de selección ciertamente limitada a unos determinados presupuestos. En este sentido, parece considerarse –art. 40.4¹⁷– que es selección el reclutamiento o búsqueda de candidaturas debido a la falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritos de los servicios públicos de empleo. De esta forma, por una parte, parece que la búsqueda de candidaturas es actividad de selección cuando tal iniciativa de reclutamiento obedece a la falta de perfiles adecuados, planteándose la duda de si también es selección dicha búsqueda a pesar de que existan candidaturas que puedan ser adecuadas. De los términos del precepto cabe entender que también en este caso estaríamos en presencia de una actividad de selección, ya que el artículo no exige que tal búsqueda deba estar justificada por la ausencia de candidaturas adecuadas. Además, la norma considera selección el

16. Sobre esta actividad y su relación con la intermediación, me permito remitirme de nuevo a Lázaro Sánchez, 2018,69.

17. “La actividad de selección de personal también se considerará colocación especializada, aun cuando el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera entender, a falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritos, la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo”.

reclutamiento que requiera *extender* la forma de búsqueda de candidaturas idóneas, descripción que asume que este reclutamiento puede ser alternativo, complementario o sucesivo a la evaluación, selección, de candidaturas ya localizadas.

Por otra parte, y aquí ciertamente se emplean términos que generan mayores dudas, se alude a demandantes no inscritos en los servicios públicos de empleo. Esta última referencia no se entiende bien en un contexto en el que junto a tales servicios públicos existen otros operadores en el mercado de trabajo¹⁸. Pareciera que esta *otra* forma de selección se concibe desde los servicios públicos de empleo, y que, por ello, son éstos los que pueden adoptar como criterio la búsqueda de candidaturas de personas no inscritas en los mismos. Pero tal posibilidad, no explicitada por lo demás, dejaría fuera del precepto al resto de agentes de la intermediación, y en especial a quienes realizan la actividad de selección¹⁹, por lo que se trataría de una interpretación a rechazar.

En tal caso, pudiera entenderse que la norma consideraría que esta forma de desarrollar la actividad de selección consiste en la búsqueda de demandantes no inscritos en el intermediario que la realizase, lo que podría ser una interpretación razonable, pero que encuentra el obstáculo en la referencia a los servicios públicos de empleo. Integrar esta precisión supondría un escenario en el que una agencia de selección que no tiene localizados demandantes adecuados al perfil de la oferta empresarial, o decide tener más candidaturas a evaluar, al ir a buscarlas en el mercado de trabajo, debiera ir en primer lugar a localizarlas entre los inscritos en el servicio público de empleo. Pero al margen de que esto no se explicita así en el art. 41.4 LE, tal forma de proceder no figura entre las obligaciones que tienen las agencias de colocación, las cuales, según el art. 43 LE, en su labor, de intermediación en general o de selección en particular, no tienen que buscar candidatos entre las personas inscritas en los servicios públicos de empleo. Pudiera ocurrir que así fuera si, en el marco del instrumento jurídico que articule la coordinación, o el carácter de colaboradora, entre la agencia de colocación y los servicios públicos de empleo así se estipulase, pero ello sucedería en virtud del acuerdo celebrado, no de una obligación legal que, al menos, no está contemplada de forma expresa.

Esta última opción, por lo demás, resulta extraña a la propia concepción de la LE, que contempla la relación entre los servicios públicos de empleo y las agencias

18. Al respecto, y de acuerdo con el art. 41 LE, la intermediación en el mercado de trabajo se realizará únicamente a través de los siguientes agentes: los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación, sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal, y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas trabajadoras en el exterior.

19. El art. 45.1 LE señala que “el desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”.

de colocación desde la idea de que aquéllos se apoyen en éstas para la realización de sus cometidos. Así, el art. 42.4 LE señala que los servicios públicos de empleo formalizarán acuerdos de coordinación o convenios de colaboración con las agencias en virtud de los cuales los primeros podrán redirigir a las segundas las personas demandantes de empleo para la prestación de los servicios de colocación e intermediación laboral solicitados.

Junto a la descripción de la actividad de selección, el legislador aborda esta faceta de la intermediación ordenando –art. 40.2 c) LE– que debe evitarse cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad, y que debe desarrollarse –art. 45.2 LE– con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación. En realidad, se trata de principios que el legislador extiende a todo el proceso de colocación y a la política de empleo en general, tal como se observa en el artículo 5, dedicado a los principios rectores de la política de empleo, el primero de los cuales es la igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por una serie de motivos²⁰ que se corresponden con los establecidos en el art. 45.2. La importancia de esta vertiente de la regulación de la intermediación, como el hecho de que la misma se extienda más allá de esta actividad, aconseja que la tratemos en un apartado específico.

4. LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE DEBEN REGIR LA INTERMEDIACIÓN

En efecto, y como ya revela el art. 4 LE²¹, la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo se presenta como primero de los objetivos de la política de empleo, que, además, se complementa con el de “atención especializada de colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de cualquier clase de discriminación asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral dirigidas a los citados colectivos”. También, con carácter general, se refieren a estos principios el art. 17, referido a la toma de decisiones, recomendaciones y desarrollo de herramientas en el seno del Sistema Nacional de Empleo relativas al acceso a los servicios públicos de empleo de las personas, o los arts. 37 y 39, que abordan la no discriminación en lo referido a las acciones de empleabilidad²².

20. Edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social.

21. “Favorecer las condiciones para la generación de mercados de trabajo inclusivos en que se garantice la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, procurando, en particular, la presencia equilibrada de personas trabajadoras de ambos sexos en cualesquiera sectores, actividades o profesiones, así como condiciones laborales compatibles con la corresponsabilidad de los trabajos de cuidados”.

22. La LE entiende por empleabilidad, “el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y

Ya en el terreno concreto de la intermediación, y referido a la actuación del servicio público de intermediación²³, el art. 42.8 LE señala que se “respetará la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo, sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos”.

Respecto de las agencias de colocación en general²⁴, el 43.3 f) LE señala entre sus obligaciones la de garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en los mismos motivos que los mencionados artículos 5 y 45, principios que igualmente se predicen, como se ha dicho de la actuación de las agencias de selección. En el caso de las agencias de recolocación, la plasmación de este principio se centra en la edad, prescribiéndose que el plan de recolocación debe procurar el retorno de las personas trabajadoras, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años.

Por otra parte, también existen perspectivas particulares de este principio, caso de la de género –art. 51 y disposición adicional séptima–, de la edad, en concreto de los mayores de cuarenta y cinco años –art. 52–, la de los jóvenes –art. 53 y disposición adicional sexta–, la de las personas con discapacidad –art. 54–, y la que tienen que ver con la vecindad civil, residencia o nacionalidad –art. 56–. Particularidades todas ellas que están en consonancia con la previsión genérica del art. 4 acerca de la atención prioritaria a determinados colectivos.

Ha de resaltarse que en la LE no figura la previsión de la anterior ley de empleo, que consideraba discriminatorias “las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. Añadía este precepto que “en todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”. Ha de recordarse que esta previsión legal fue introducida en la Ley 56/2003 de Empleo por la disposición adicional decimoséptima que añadió un art. 22 bis a dicho texto legal en el sentido indicado, redacción que pasó posteriormente al art. 35.2 del Real Decreto Legislativo 3/2015, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Empleo, norma precedente de la actual Ley.

Sobre cómo hay de interpretarse esta ausencia en la LE, pero no en la Ley Orgánica 3/2007, puede decirse que cabe seguir entendiendo que una oferta de empleo referida a uno sólo de los sexos podría ser representativa de una discriminatoria, directa, salvo que la misma encontrara fundamento en una medida de acción positiva. Así lo contempla la propia LE, como acaba de precisarse, que exige, como señalan

formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”.

23. Sobre la intervención de los servicios públicos de empleo en la materia, véase Salas Porras, 2010.

24. Y sobre la actuación de las agencias de colocación, véase Serrano Falcón, 2009.

las referidas disposiciones adicionales sexta y séptima, que tales medidas estén justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer a los colectivos a las que van destinadas.

Pero cabe preguntarse si este tipo de ofertas, y requisitos, para acceder a un empleo sólo se justificarían si derivan de una medida de acción positiva. Y así, plantearse, por ejemplo, si entre los requisitos o criterios de selección pudiera exigirse ser varón o mujer en atención a que las empresas estimaran conveniente que las personas a contratar deban pertenecer a un sexo concreto.

Con la regulación anterior, esta posibilidad, se condicionaba a que la pertenencia a uno de los sexos fuera un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. No era suficiente que una empresa estimara apropiado que las personas a contratar pertenecieran a un sexo concreto; la ley exigía que esta condición fuera esencial y determinante para el desarrollo del trabajo en cuestión. En la actualidad, a priori, exigir en el acceso al empleo que las personas pertenezcan a uno de los sexos no requiere lo que podría llamarse un test de *esencialidad objetivo*, como sí demandaba la anterior regulación. En la Ley de Empleo previa a la actual, la justificación de que el sexo fuera determinante en el acceso al empleo venía por las características del puesto de trabajo en cuestión. Y no bastaba considerar un mero interés de que el trabajo fuera desarrollado por un hombre o una mujer, sino que se demandaba que esta condición fuera esencial y determinante. Podría decirse que la licitud de tal requisito no dependía de un juicio de oportunidad sino de necesidad.

La LE no sólo omite la posibilidad de justificar la utilización de criterios selectivos excluyentes de uno de los sexos, sino que también lo hace de la regla general de la que aquella posibilidad constituye la excepción. Esto es, no se contiene referencia alguna al carácter discriminatorio de las ofertas de empleo referidas a uno sólo de los sexos. Sin embargo, la supresión de esta regla general, como también de su excepción, no cabe entenderla, a nuestro juicio, en el sentido de que ahora se permita que en el acceso al empleo puedan utilizarse criterios de la naturaleza que comentamos, como tampoco que la justificación a los mismos se haya ampliado.

En este sentido, cabe señalar que la igualdad y no discriminación es un objetivo y principio de la LE –arts. 4 y 5–, que debe regir cualquier decisión en este ámbito, siendo excepcional, y necesitado de justificación objetiva y razonable, cualquier medida que pueda afectarlo. Como también lo es de las leyes de igualdad, a las que seguidamente se hará referencia, que sitúan el acceso al empleo dentro de sus ámbitos de aplicación. Por ello, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social sigue considerando –art. 16– infracción muy grave establecer condiciones que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo. Así pues, de este conjunto normativo cabe interpretar que la posibilidad de utilizar, en el acceso al empleo, criterios excluyentes, perjudiciales, de personas *protegidas* –no sólo por razón de sexo–, está, sigue, vedada.

También puede concluirse que sólo excepcionalmente pueden emplearse criterios, requisitos, que determinen un trato desfavorable hacia esas personas, excepcionalidad existente en los casos de medidas de acción positiva, que, no obstante, deben estar justificadas, objetiva y razonablemente, tener una finalidad legítima y resultar adecuadas y necesarias. Queda la duda de si puede seguir siendo una salvedad la derivada de las exigencias del puesto de trabajo, cuestión que ha desaparecido del texto de la LE. Al respecto, como es conocido, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, una vez que –art. 14– prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en las condiciones de acceso al empleo, no considera discriminación la diferencia de trato debida a una característica relacionada con el sexo si dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante en una actividad concreta, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. No obstante, el apartado segundo de este precepto condiciona la aplicación de esta excepción a que los Estados miembros así lo dispongan, y aunque esta previsión ha desaparecido de la Ley de Empleo, se mantiene en la normativa específica de igualdad, como puede verse en el artículo 5 de la Ley 3/2007 Orgánica, como veremos más adelante.

Por otra parte, en la aplicación del principio de discriminación la LE –art. 43.3–, precisa que las decisiones relativas al acceso al empleo deben adoptarse teniendo en cuenta que las personas estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Dentro del terreno laboral, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), una vez se suprimió el apartado primero del art. 15, que tipificaba como infracción grave el no informar las empresas de selección de sus actividades, recoge, en el art. 16 y en el ámbito que nos interesa, como infracciones graves, en primer lugar - art. 16.1, a)-, el ejercicio de la intermediación que incumple los requisitos establecidos por la normativa para las agencias de colocación. Y, en segundo lugar –art. 16.1, c)-, la solicitud de datos de carácter personal en el proceso de intermediación o colocación, y selección, o el establecimiento de condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por los mismos motivos que los establecidos en la LE en los arts. 5 y 45.

En realidad, el art. 16.1, c LISOS fue modificado, en un primer momento, por la disposición final 1.2 de la Ley 3/2023 (LE) y se aludía a la solicitud de datos de carácter personal en el proceso de intermediación o colocación. Pero el precepto fue modificado después por la disposición final 6.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en virtud de la cual el referido apartado c del art. 16.1 LISOS pasaba a considerar infracción muy grave la solicitud de tales datos en los procesos de selección.

Más allá de la deficiente técnica legislativa, esta situación refleja, a nuestro entender, una confusión conceptual, ya que lo que hace la LE, como hemos comentado, es precisamente integrar dentro de la noción de intermediación la actividad de selección. El que una ley posterior, la Ley 4/2023, de la misma fecha y también publicada en el BOE el mismo día -1 de marzo- se refiera a la selección no era necesario porque esta actividad ya formaba parte de la descripción de la infracción, aunque no apareciera explicitada. El problema no es ya de interpretación y de crítica, sino que cabría entender, por aplicación del principio de ley posterior, que el actual art. 16.1 c) LISOS sólo tipifica la solicitud de datos en el proceso de selección. Y ello, por cuanto si bien la LE describe la intermediación como un conjunto del que forma parte la selección, ésta es una actividad singularizada dentro de ese conjunto. Tal es la confusión que ello genera que en la web de la Agencia Estatal Boletín del Estado donde está publicada la LISOS²⁵, se reproducen dos apartados c del art. 16.1, con una nota aclaratoria al respecto²⁶.

Acudiendo a normativas no específicamente laborales, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), recoge en su art. 5 el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, cuyo ámbito extiende al empleo privado, al público, e incluso al trabajo por cuenta propia. La Ley, describe una tipología del concepto de discriminación por razón de sexo –arts. 6 a 9: directa, indirecta, por acoso sexual y acoso por razón de sexo, por embarazo o maternidad, o por indemnidad frente a represalias-.

Junto a ello, añade –art. 5, que “no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. De esta forma, como antes avanzamos, persiste la previsión que la normativa de empleo recogía y que, ahora, como comentamos, ha desaparecido del texto de la LE.

Por otra parte, –art– 11–, reconoce las acciones positivas como medio de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad y corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, acciones sobre las que precisa que serán temporales –“aplicables en tanto subsistan dichas situaciones”-, razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Un aspecto potencialmente importante en aras a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación entre sexos en materia de colocación se encuentra en el

25. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060&cb=33&tn=1&p=20230301#a16>

26. Que señala: “Téngase en cuenta que se modifica la letra c) del apartado 1 por la disposición final 1.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, Ref. BOE-A-2023-5365 y, con la misma fecha de publicación oficial y entrada en vigor, se vuelve a modificar la letra c) por la disposición final 6.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero. Ref. BOE-A-2023-5366. Se muestran ambas redacciones”.

reforzamiento que Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, hizo de la LOI en materia de planes de igualdad²⁷. Como es conocido, en sus arts. 45 y ss., se regula la obligación para las empresas, de cincuenta o más trabajadores, de elaborar planes de igualdad, negociándolos con la representación de los trabajadores. Dichos planes, como prevé el art. 46 LOI, deben incluir un diagnóstico de la situación, fijar concretos objetivos de igualdad a alcanzar, estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Y todo ello respecto de una serie de materias entre las que se encuentra la relativa al proceso de selección y contratación.

Sin embargo, no parece que se haya producido un desarrollo apreciable en los contenidos de los planes en lo relativo a la colocación, y así lo reflejan algunos estudios realizados sobre más de un centenar de planes de igualdad²⁸, que concluyen que el 82% de los planes de igualdad no contienen datos en el diagnóstico sobre esta cuestión, que únicamente en un 5% de los planes se afirma que las empresas disponen ya de un procedimiento para evitar la discriminación en el proceso de selección, que en el 69% de los planes no se detallan cuáles deben ser las medidas concretas para evitar la discriminación en el procedimiento de selección, que en el 99% de los casos, la representación sindical no interviene en el proceso de selección; que en el 88% de los casos no se indican medidas para mujeres en puestos de alta dirección, o, en fin, que sólo en el 20% de los planes prevén acciones positivas en el proceso de selección de la empresa.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que se presenta como norma para prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado, reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, prohibiendo la motivada por una serie de motivos que coinciden, básicamente, con los que las normas laborales comentadas establecen, a salvo de las referencias a la salud en su art. 2²⁹. Y al respecto, destaca que el art. 9.5 señale que “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”³⁰.

27. Ello se aprecia, entre otros en dos aspectos: el mayor número de empresas obligadas a elaborarlos, pasando de empresas que tenían 250 trabajadores a las que tuvieran 50 empleados, y en mayor concreción del contenido de los propios planes.

28. Bodelón González 2014. Al respecto, cabe anotar la próxima publicación de un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre los acuerdos de los planes de igualdad, y cuyas investigadoras principales del proyecto son María Luisa Molero Maraño y Patricia Nieto Rojas.

29. “Enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”. El art. 2.3 añade que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

30. Aguilera Izquierdo 2023.

Como ya hiciera la LOI, esta nueva ley de igualdad considera lícitas las diferencias de trato que sean razonables, los criterios objetivos y la legítima; también, cuando así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo.

En la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, un aspecto a destacar es el relativo a las medidas de acción positiva, respecto de las que la ley se apoya en la negociación colectiva. En este sentido, si bien el punto de partida en el art. 10 es que los convenios colectivos no podrán establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, el segundo apartado de este precepto matiza que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo. Además, el capítulo II se dedica a la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva, y sobre éstas el art. 33.1 dispone que “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares”³¹.

Una tercera ley en materia de igualdad puede traerse a colación, caso de la citada Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en cuya exposición de motivos se apunta que las personas trans presentan mayores dificultades para acceder al empleo (un 42 % de las personas trans encuestadas afirma haber sufrido discriminación estando en búsqueda activa de empleo). Derivado de ello, en su art. 14 se estipula que las Administraciones públicas adoptarán medidas adecuadas y eficaces que tengan por objeto promover y garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y prevenir, corregir y eliminar toda forma de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley en materia de acceso al empleo. Y que en el art. 54 se prevea que el Ministerio de Trabajo y Economía Social diseñará medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo.

Finalmente, debe considerarse, y además con especial importancia, la normativa de protección de datos; esto es, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como el

31. Al respecto, la norma contempla la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación como el instrumento principal de colaboración territorial de la Administración del Estado para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales de su competencia establecidos en la ley.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. En una muy breve aproximación a esta materia³², cabe referirse, si siquiera, al principio de minimización de datos al que se refiere el Reglamento UE en su art. 5, conforme al cual los datos a tratar deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Y también, la prohibición del tratamiento de determinados datos personales establecida en el art. 9 del mismo Reglamento³³, si bien tal prohibición no es aplicable si concurren algunas situaciones, alguna de las cuales guardan relación con el ámbito que nos ocupa³⁴.

De este breve recorrido por las principales normas a considerar en lo que se refiere a los principios que ordenan la intermediación, cabe señalar, en primer lugar, la importancia del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, lo que básicamente supone que las demandas de empleo, o a las candidaturas a un puesto de trabajo, no pueden resultar perjudicadas, no consideradas, o excluidas, en atención a motivos o causas protegidas expresamente por las normas.

En segundo lugar, y en desarrollo de aquél principio, la normativa no considera discriminación en el acceso al empleo las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el sexo cuando la misma constituya un requisito profesional esencial y determinante para el empleo de que se trate, y siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

La tercera, que se establecen criterios vedados en el desarrollo de la colocación, caso de prohibiciones expresas que refuerzan la protección de los candidatos a un empleo, como la prohibición para el empleador de preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto, o, en virtud del referido principio de minimización de datos, que los datos los que pretendan recabarse sean excesivos a la finalidad adecuada al proceso de colocación.

Y una última, que las medidas de acción positiva están expresamente reconocidas en nuestra normativa, si bien se condicionan a la temporalidad de las mismas, y a que sean razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

32. Cruz Villalón 2019.

33. Los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud, a la vida o a la orientación sexual de una persona física.

34. Por ejemplo, en primer lugar, si el interesado da su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado. También, circunscrito a determinadas empresas, pudiera considerarse el escenario de las organizaciones con finalidad política, filosófica, religiosa o sindical,

En este último aspecto ha de mencionarse, al menos, que algunas recientes sentencias cuestionan la aplicación de esta vertiente de la igualdad y no discriminación. Una primera, recaída en el ámbito de la Unión Europea pero relativa a una disposición española, cuya compatibilidad con el derecho de la Unión es objeto de una cuestión prejudicial. Nos referimos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22, en la que siguiendo precedentes anteriores, reconoce a los padres varones el derecho a una indemnización adicional reparadora de los daños patrimoniales y morales sufridos por la discriminación de género, derivada de acciones positivas en favor de las mujeres concretadas en un complemento de maternidad en favor de las mujeres³⁵. Y una segunda, la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos de 29 de junio de 2023, sobre los sistemas de admisión de estudiantes en las universidades de Harvard y Carolina del Norte, que tienen en cuenta el factor étnico estableciendo medidas de discriminación positiva en favor de determinadas minorías³⁶. La sentencia considera inconstitucionales tales criterios porque son contrarios a la cláusula constitucional de igualdad de la XIV enmienda³⁷, entre otras razones porque las medidas de acción positiva han de ser temporales, lo que no ocurría en el caso. La sentencia considera que no discriminar significa no diferenciar por raza y, por tanto, toda excepción a esta regla debe superar un doble escrutinio: que la diferenciación persiga un interés público, y que la diferenciación esté necesariamente vinculada a satisfacer tal interés.

No obstante, y como se ha comentado, nuestra normativa de empleo, como también la de igualdad, reconocen expresamente la posibilidad de adoptar medidas favorables hacia determinados colectivos en lo que al acceso al empleo se refiere, sin que ello suponga discriminación, en tanto tales acciones cumplan con los requisitos que les son exigidos.

5. CONCLUSIONES

El preámbulo de la LE subraya que la intermediación es objeto de configuración amplia y omnicompreensiva, y ello se traduce en la integración en la misma de una serie de actuaciones, como son la prospección y captación de ofertas de trabajo, la puesta en contacto de ofertas de empleo con personas que persiguen su colocación o re-colocación y la selección de personas que se estiman idóneas para un puesto de trabajo. Esta es una primera conclusión que merece ser destacada por cuanto, se culmina así un proceso progresivo que ha englobado en su régimen jurídico determinadas actividades que guardan una estrecha relación con lo que ha sido, y es, su objeto principal: la puesta en contacto de ofertas de empleo.

35. Gozález de Patto, 2023.

36. Rey Martínez, 2023.

37. Ningún estado “denegará a cualquier persona la igual protección de las leyes”.

De entre esas actividades que expresamente se integran dentro del conjunto de de intermediación, o de la colocación, la relativa a la selección de trabajadores es a la que mayor atención ha de prestarse. No representa una novedad que la selección de personal forme parte de las actividades de las agencias de colocación, pero sí lo es que las agencias que se dedican sólo a la selección deban someterse al régimen jurídico de la intermediación. Y esta definitiva incorporación de la selección al marco jurídico de la colocación, que es la segunda de las conclusiones que destacamos, se ha hecho como ocurrió con la actividad de recolocación, por la vía de considerarla colocación especializada.

En el terreno conceptual, una tercera conclusión apunta a la exclusión del ámbito de la intermediación de aquellas formas de llevarla a cabo por medios exclusivamente automatizados. En este caso, lo relevante para el legislador es la manera en la que se desarrollan las acciones tipificadas como intermediación, excluyendo a las que se despliegan de la referida forma. Esto de por sí es una novedad, por cuanto hasta ahora lo decisivo ha sido valorar, calificar, si había o no intermediación en una determinada forma de operar en el *mercado* del empleo. Además, la exclusión afecta a una forma de actuar en este mercado cada vez más frecuente.

En nuestro análisis, junto a la LE, hemos considerado también otras normas, especialmente las que tienen como objeto la igualdad. De aquélla y de éstas, como última conclusión, pueden extraerse una serie de criterios de actuación para quienes intermedian. El primero, el más importante, el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, lo que básicamente supone que las demandas de empleo no pueden resultar perjudicadas o excluidas por motivos expresamente protegidos por las normas. El segundo, que este principio se aplica permitiendo diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el sexo cuando la misma constituya un requisito profesional esencial y determinante para el empleo de que se trate, y siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. El tercero, que este principio también se aplica permitiendo medidas de acción positiva, que sean temporales, razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Y el cuarto, como garantía de la no discriminación, que se establecen criterios vedados en el desarrollo de la colocación, como la prohibición para el empleador de preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilera Izquierdo, Raquel (2023): “La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022”, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Alarcón Castellanos, María del Mar: “La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: servicios públicos de empleo y entidades afines”, Aranzadi, 2009.

- Bodelón González, Encarna (directora) (2014): “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”, Encarna Bodelón González (directora), Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades.
- Cruz Villalón, Jesús (2019): “Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador”, *Bomarzo*.
- Del Rey Guanter, Salvador y Lázaro Sánchez, José Luis (2000): “La intermediación en el mercado de trabajo a la luz del: iniciativa privada y nuevas tecnologías”, *Relaciones Laborales* nº 11.
- González de Patto, Rosa: “Igualdad y pensiones. Un paso más del TJUE contra las acciones positivas de género”, *Revista de Derecho Laboral vLex*.
- Lázaro Sánchez, José Luis (1999): “El Convenio 181 OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo”, *Temas Laborales*, nº 52. (2003): *La intermediación en el mercado de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL). (2011): *La reordenación de las actividades a desarrollar por las agencias de colocación*, *Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo*, VV.AA, Castiñeira Fernández, J. (coord.), CARL. (2018): “Algunos aspectos jurídicos de los procesos de contratación en la economía colaborativa y el crowdworking”, en la obra colectiva (Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M., Dirs.), “Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado”, Thomson Reuters Aranzadi, (2023): “La ampliación del concepto de intermediación por la Ley 3/2023”, *Trabajo, persona, derecho y mercado*, <https://grupo.us.es/iwpr/category/proyecto-reforma-del-derecho-del-empleo/>.
- Salas Porras, María (2010): *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*, CARL.
- Serrano Falcón, Carolina (2009): *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas: público y privado en la actividad de colocación*, Comares.
- Rey Martínez, Fernando (2023): “Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen. (Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano SFA, Inc. v. President and fellows of Harvard College y University of North Carolina, de 29 de junio de 2023)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, 2023
- Rivas Vallejo, Pilar (2022): *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género en intervención*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodríguez Escanciano, Susana (2012): “La intermediación en el mercado de trabajo análisis y propuestas”, *La Ley*, 2012