

**LAS NUEVAS NORMAS SOBRE COLOCACION  
Y CESION DE TRABAJADORES**  
**Una primera aproximación a la Ley 10/1994  
y normas concordantes**

Por JOAQUÍN GARCÍA MURCIA \*

**SUMARIO: I. Introducción.- II. Proceso y reglas de colocación: 1. La licitud de la contratación directa de trabajadores.- 2. Obligaciones de registro y comunicación de las contrataciones.- 3. La intervención mediadora de las oficinas públicas.- 4. El requisito de inscripción de los trabajadores.- III. Mediación privada en el proceso de colocación.- 1. La admisión legal de las agencias privadas de empleo.- 2. Alcance y efectos de la legalización de agencias privadas.- 3. El régimen de sanciones de las agencias privadas de empleo.- 4. La regulación de las agencias de selección de personal.- IV. Cesión de trabajadores: 1. El cambio normativo y sus problemas interpretativos.- 2. Supuesto de hecho y ámbito de aplicación de la prohibición.- 3. Responsabilidades y sanciones.- 4. Cesiones legalizadas.- V. Las empresas de trabajo temporal.- 1. Características y funciones.- 2. Un apunte sobre su régimen jurídico.**

## I. INTRODUCCION

Junto a la nueva regulación de algunas modalidades de contrato de trabajo (prácticas, aprendizaje y tiempo parcial), el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de *Medidas urgentes de fomento de la ocupación* (DLFO, en adelante), introdujo novedades importantes en las reglas que se ocupan del proceso de colocación, la cesión de trabajadores y la actividad de las empresas de trabajo temporal. Desde esta perspectiva, afectó a diversas disposiciones legales, particularmente a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), a la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE), y a la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el orden social (LIS).

Según se consigna en su exposición de motivos, el DLFO tenía como finalidad genérica «acometer, de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo». Por lo que se refiere a las normas que ahora nos interesan (colocación y cesión de trabajadores), tales fines se concretaron en

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo.

el propósito de «mejorar los servicios públicos de empleo, primando su eficacia sobre inútiles cargas burocráticas que en nada mejoran su intermediación en el mercado de trabajo».

Este último inciso, ciertamente retórico, nos pone sobre la pista de que no entraba entre los objetivos del DLFO abordar la reforma del régimen jurídico del Instituto Nacional de Empleo (INEM), ni tampoco introducir cambios en la organización y el funcionamiento de sus oficinas de colocación, al menos de forma directa. La aludida «mejora» de los servicios públicos de empleo camina en una orientación muy distinta, pues se traduce básicamente en la supresión de ciertos supuestos de intervención obligatoria y en una primera legalización de la actividad de mediación a cargo de agencias y empresas privadas. Así pues, la reforma introducida por el DLFO tiende a la liberalización de las tareas de colocación y abre posibilidades de «privatización» de algunas de las funciones anteriormente asumidas, en exclusiva, por las oficinas públicas.

Dos consideraciones de tipo general merece la nueva línea de regulación que se inaugura con el RDL 18/1993. Por un lado, se trata de una reforma que, al menos en alguno de sus aspectos, parecía inevitable. Como se explicita en el preámbulo de esa disposición legal, la mayor parte de las colocaciones registradas hasta el momento de su entrada en vigor se habían llevado a cabo al margen de las oficinas públicas de empleo, sin perjuicio de que formalmente se realizaran mediante su intervención, una vez inscrito el trabajador y presentada por el empresario la correspondiente solicitud. Ello quiere decir que en la práctica hay otros canales de aproximación entre trabajadores y empresarios mucho más ágiles y efectivos y sobre todo, de mayor uso.

Por otro lado, la reforma legal que ahora se introduce no supone la retirada completa de las oficinas públicas de empleo de las tareas de colocación de trabajadores. Si se atiende de nuevo a la exposición de motivos del RDL 18/1993, el papel del INEM en ese terreno de la colocación se quiere concentrar en los colectivos de la población activa con mayores dificultades de inserción laboral. Para esos grupos de demandantes de empleo no basta, desde luego, la mera existencia de agencias o entidades (públicas o privadas) que realicen funciones de mediación en el contrato de trabajo, puesto que ante todo necesitan medidas de fomento o preferencia. Esta intervención de apoyo corresponde, sin duda, a los servicios públicos de empleo.

Tras la correspondiente tramitación parlamentaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Constitución, el contenido del RDL 18/1993 ha sido trasvasado a la Ley 10/1994, de 19 de mayo (LFO), que recoge aquella misma denominación de «medidas urgentes de fomento de la ocupación» y que mantiene *grosso modo* la estructura y las líneas de regulación del decreto-ley precedente, aunque también incorpora algunas novedades y modificaciones de relevancia. Por lo demás, esta nueva regulación ha de ser completada por otras disposiciones legales recientes: la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LRET); y la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal (LETT).

## II. PROCESO Y REGLAS DE COLOCACION

### 1. La licitud de la contratación directa de trabajadores

Con aquel fin de eliminar trabas en la contratación, el art.1 LFO suprime en primer término, siquiera sea de manera implícita, la obligación empresarial de presentar ante las oficinas públicas de empleo las demandas de mano de obra con carácter previo a la contratación de trabajadores. Esta obligación, como se recordará, venía recogida hasta ese momento en el art.16.1 ET y en el art.42.1 LBE, que ahora quedan derogados. En cualquier caso, se trataba de una obligación que podía tener excepciones en determinadas circunstancias, según el art.44.2 LBE; y que ya había sido suprimida por el RDL 1/1986, de 14 de marzo, para los casos en que la colocación viniese precedida de pruebas de selección anunciadas por el empresario en convocatoria pública.

Era un deber, por lo demás, que según todos los indicios (y según las estadísticas al uso) carecía prácticamente de virtualidad. No sólo por la libertad de elección y contratación expresamente reconocida al empresario (art.42.4 LBE), sino también porque al admitirse como regla general las demandas «nominativas», el empleador podía concertar con el trabajador su contratación antes de presentar la correspondiente solicitud a las oficinas públicas. Así las cosas, la demanda al servicio público de empleo, en la mayor parte de los casos, no era más que un trámite formal; y puede que sus efectos, como señala el preámbulo del RDL 18/1993, fuesen más que nada negativos, puesto que introducía cierta burocratización en el proceso de colocación.

Por lo demás, y por razones de concordancia normativa, la nuevas reglas que incorpora el art.1 LFO suponen también la derogación expresa de los art. 26.34 y 27.1 y 2 LIS. En el primero de estos preceptos, aparte de una referencia a las agencias de selección de trabajadores, a las que luego nos referiremos, se calificaba como infracción administrativa leve «hacer publicidad de una oferta de trabajo sin que haya sido visada previamente por el Instituto Nacional de Empleo»; y en los restantes se daba la calificación de infracción administrativa grave tanto a la contratación directa de trabajadores sin haber procedido a la solicitud previa ante la oficina pública de empleo, como a la falta de comunicación previa a dicha oficina de la convocatoria de pruebas objetivas de acceso a la empresa.

Como cabe apreciar, la derogación de esos preceptos legales prácticamente venía exigida por la desaparición de la obligación de «solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que se necesiten». Pero, como también ha podido comprobarse, en los preceptos de la LIS que ahora se derogan no sólo se contemplaba el incumplimiento de esas obligación de solicitud previa, sino también otras actuaciones (publicidad de ofertas de trabajo, falta de comunicación de pruebas selectivas), bien es verdad que todas ellas muy conectadas con el deber básico anterior. Por ello, la repercusión de las reformas es en realidad más amplia de lo que de manera expresa y literal da a entender la formulación del art.1 LFO, aunque, por la índole de los preceptos afectados, esa mayor amplitud no tenga excesivas consecuencias.

## 2. Obligaciones de registro y comunicación de las contrataciones

Por otra parte, la supresión de aquella obligación básica (solicitud de trabajadores a la oficina pública de colocación) no ha supuesto la desaparición de todos los deberes que con ocasión de la contratación de trabajadores tenía el empresario respecto de los servicios públicos de empleo. El art. 1.1 LFO mantiene algunas obligaciones adicionales relacionadas con la colocación de trabajadores. Se mantiene, sobre todo, la obligación de registro en la correspondiente oficina pública de empleo de las contrataciones que deban celebrarse por escrito, trámite que ya establecían los arts. 16.3 ET y 42.1 LBE (ahora derogados), y que según estas nuevas normas ha de hacerse en el plazo de diez días desde la celebración del contrato.

Junto a esta obligación de registro, el art. 1.1 LFO dispone también el deber de comunicar, en plazo igual al anterior, «las contrataciones efectuadas, aunque no exista obligación legal de formalizarlas por escrito». En principio, y en una interpretación literal de la norma, este deber de comunicación parece aplicable a todo contrato, se celebre por escrito o de forma verbal; si bien, al existir la obligación anterior de registro para las contrataciones celebradas por escrito, no cabe duda de que tendrá trascendencia sobre todo en relación con los contratos realizados verbalmente. Debe recordarse en este contexto que el art. 26.5 LIS califica como infracción administrativa leve de los empresarios la falta de comunicación o registro de las contrataciones en los supuestos en que existiera dicha obligación.

Junto a esas obligaciones de registro o comunicación de los contratos, sigue vigente la obligación de comunicar a la oficina de empleo la terminación del contrato de trabajo. Esta obligación venía impuesta al empresario por el art. 16.1 ET, que ahora ha sido derogado; pero la LFO mantiene la vigencia del art. 42.3 LBE, que impone esa misma obligación tanto a trabajadores como a empresarios. El art. 26.2 LIS califica como infracción administrativa leve (de los empresarios) el incumplimiento de este deber de comunicación.

Se mantiene asimismo la obligación de remitir a la oficina pública de empleo «copia básica» de los contratos que deban celebrarse por escrito, con excepción de los contratos celebrados con personal de alta dirección. Esta obligación — recogida en el art. 1.1 Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores — es paralela a la de entregar esa misma copia a los representantes legales de los trabajadores. Según el art. 1.1 Ley 2/1991, la citada copia básica habrá de ser remitida a la oficina de empleo junto con el contrato en los supuestos en que haya obligación de registro; en los restantes supuestos «se remitirá exclusivamente la copia básica».

## 3. La intervención mediadora de las oficinas públicas

Como ya dijimos, la supresión de la obligación legal de presentar solicitud ante las oficinas públicas de empleo para la contratación de trabajadores no

significa que dichas entidades hayan perdido toda posibilidad de intervenir en este terreno. Por de pronto, el art. 39 LBE sigue incluyendo entre los fines de la política de colocación, encomendada esencialmente al INEM y a sus oficinas de empleo, el de «ajustar las ofertas y las demandas de mano de obra». A su vez, el art. 40.1 LBE sigue disponiendo que el INEM «organizará la colocación de los trabajadores como un servicio nacional público y gratuito».

Todo ello quiere decir que las oficinas públicas de empleo pueden seguir recibiendo ofertas y demandas de empleo, y que los empresarios en particular pueden seguir presentando ante las mismas solicitudes de trabajadores. Otra cosa es que dichas oficinas reorienten sus funciones a partir de la supresión de aquella obligación legal, a fin de atender mejor las necesidades de colocación de determinados colectivos de la población activa; o que, a la vista de la experiencia, los empresarios dejen de presentar ante las mismas sus solicitudes de mano de obra.

La reforma introducida por el RDL 18/1993 tampoco es óbice para que en supuestos especiales, para determinados ámbitos geográficos o funcionales, o para determinadas modalidades de contratación, se establezcan formalidades y deberes especiales en la colocación de trabajadores. Tales formalidades podrían estar justificadas, en particular, en el marco de programas especiales de empleo, como los previstos en los arts. 10 y sig. de la LBE; y podrían suponer la exigencia, siempre que hubiese razones fundadas para ello, de que las contrataciones se canalizaran a través de las oficinas públicas e incluso de que demandas y colocaciones se hicieran de modo «genérico», sin identificación de personas concretas.

La LFO ha venido a confirmar esta conclusión. En efecto, la disposición adicional sexta de dicha Ley, que regula los contratos temporales como medida de fomento del empleo para el año 1994, establece, entre otros requisitos de validez, que «los empresarios deberán contratar a los trabajadores a través de la correspondiente oficina de empleo». Es ésta, pues, una excepción a la regla general del art. 1 LFO, que se justifica por la especial finalidad de esta modalidad de contratación que persigue, entre otras cosas, promover oportunidades de colocación a los colectivos de población activa más afectados por la situación de desempleo.

La solicitud del empresario debe hacerse, además, «mediante la presentación de oferta genérica de empleo», lo cual —la exigencia de que la oferta de empleo sea «genérica»— confirma aquella finalidad especial y significa, por cierto, la introducción de un instrumento de política de empleo realmente excepcional, tanto por su incidencia sobre la regla general de libertad empresarial de contratación, como por su uso infrecuente, al menos en nuestro sistema de colocación.

## 4. El requisito de inscripción de los trabajadores

La modificación de las reglas legales sobre colocación no ha afectado a la obligación de los trabajadores de inscribirse en la oficina de empleo «cuando

hayan de solicitar ocupación», establecida en el art.42.2 LBE. Desde luego, esta obligación guarda evidente conexión con la que ahora se ha suprimido, puesto que el deber de presentar solicitud de mano de obra ante las oficinas públicas de empleo presupone que éstas cuenten con un censo de los trabajadores demandantes de puesto de trabajo. Desde este punto de vista, es claro que la obligación consignada en el art.42.2 LBE ha perdido gran parte de su virtualidad.

Pero también es cierto que el radio de acción de una y otra obligación no coincide por completo, y ello explica el mantenimiento de ese precepto legal. Dos son, esencialmente, los fines que puede cumplir ahora el art.42.2 LBE: por un lado, permitir la elaboración de estadísticas de empleo y paro, una de las funciones que, aunque no sea en exclusiva, están llamadas a cumplir las oficinas públicas de empleo; por otro lado, acreditar la disposición a buscar y ocupar un empleo de las personas que pretenden acogerse a determinadas medidas de protección social, particularmente a los subsidios de desempleo, cuyo devengo se condiciona a la previa inscripción como desempleado, y en cierto modo a las prestaciones de desempleo, ya que es causa de extinción del derecho el rechazo de oferta adecuada de empleo (arts.213 y 219 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Por lo demás, el propio trabajador puede estar interesado en efectuar y mantener su inscripción como desempleado, que sigue siendo una de las vías posibles para encontrar empleo.

Excepcionalmente, la inscripción en la oficina de empleo puede actuar, incluso, como requisito para que el uso de una determinada modalidad de contratación sea válido. Así se contempla, precisamente, en la citada disposición adicional sexta LFO para la celebración de contratos de trabajo de carácter temporal para fomento del empleo. Esta modalidad contractual ha quedado reservada, como ya apuntamos, para aquellos grupos de trabajadores con mayores dificultades de empleo (mayores de cuarenta y cinco años, y minusválidos) y para los beneficiarios de prestaciones de desempleo de nivel contributivo o asistencial.

### III. MEDIACIÓN PRIVADA EN EL PROCESO DE COLOCACION

#### 1. La admisión legal de las agencias privadas de empleo

El art.1.2 LFO se ocupa también de las posibilidades de intervención de agencias de empleo distintas de los servicios públicos en el ámbito de la colocación de trabajadores. En este sentido, cambia significativamente tanto el tenor literal como el alcance material de la regla tradicional en nuestro ordenamiento. En efecto, en la legislación histórica y en las normas vigentes hasta la entrada en vigor del RDL 18/1993 (art.16.2 ET y arts.40.2 y 44.2 LBE) se había venido consagrando el monopolio de los servicios públicos de empleo y, en consecuencia, se prohibían todas las agencias privadas de colocación «de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo»; mientras que ahora se prohíbe tan sólo «la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos».

A la vista de ese importante cambio de tendencia, seguramente vale la pena traer a colación las pautas normativas que se derivan del Convenio núm.96 de la OIT sobre «agencias retribuidas de colocación», aprobado en 1949 y ratificado en su momento por España. En dicho Convenio, dedicado en general a las «agencias retribuidas», se distingue entre dos grandes tipos de mediadores: por un lado, agencias retribuidas «con fines lucrativos», denominación que se aplica a las personas, entidades, instituciones, oficinas u organizaciones que sirven de intermediario para procurar empleo a trabajadores, o para proporcionar trabajadores a empresarios, «con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto»; y por otro lado, agencias retribuidas «sin fines lucrativos», entendiéndose por tales los servicios de colocación «de sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empresario o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera».

Como se sabe, el Convenio núm. 96 de la OIT concede a los Estados firmantes dos posibilidades de regulación: bien la supresión progresiva de las agencias con fines lucrativos y la reglamentación de las restantes, con la consiguiente creación y mantenimiento de servicios públicos de empleo; o bien la reglamentación de las agencias retribuidas con fines lucrativos, aunque sometidas a un estricto régimen de licencia anual, vigilancia y aprobación de tarifas por la autoridad pública. En cualquier caso, se opte por una u otra posibilidad, las agencias retribuidas sin fines lucrativos deben estar sometidas a régimen de autorización y vigilancia por la autoridad competente, y no pueden percibir retribuciones superiores a las tarifas que se presenten ante la autoridad pública para su aprobación o, en su caso, a las que fije directamente dicha autoridad.

#### 2. Alcance y efectos de la legalización de agencias privadas

Ciertamente, el art.1.2 LFO da un paso de indudable trascendencia hacia la ruptura del monopolio público en el terreno de la colocación y hacia la admisión legal de las agencias privadas (retribuidas) no lucrativas. Pero no declara directamente su legalización. El art.1.2 LFO tan sólo contempla la posibilidad de que el servicio público de empleo autorice, previo informe del Consejo General del INEM, «la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos»; y establece que para conceder dicha autorización habrá de acreditarse «que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados».

Esta posibilidad legal de admisión de las oficinas privadas de empleo deja abiertas, no obstante, numerosas dudas interpretativas. Los problemas pueden plantearse, por de pronto, a propósito de las condiciones a las que deberá sujetarse la organización y el funcionamiento de dichas agencias que, como exige el Convenio núm.96 de la OIT, habrán de quedar sometidas a ciertos controles por parte de la autoridad laboral: el art.1.2 LFO tan sólo hace una referencia incidental

a la «remuneración» de esas entidades. Parece claro que uno de los cometidos más importantes de los «convenios de colaboración» será el establecimiento de dichas condiciones, procurando la tutela de los intereses implicados a través del servicio público de empleo.

Pero también cabe plantearse qué tipo de agencias o entidades tiene encaje en la vaga formulación del art.1.2 LFO. Este precepto se refiere, sin más aditamentos, a las agencias de colocación «sin fines lucrativos» por lo que, interpretándolo a la luz del Convenio núm.96 de la OIT, parece aludir a los servicios de colocación (o más bien, servicios de ayuda a la colocación) que dependen de alguna otra entidad, institución u organización; por ejemplo, de instituciones benéficas o religiosas, de organizaciones sindicales o empresariales, etc. Quizá se esté aludiendo también a los servicios de ayuda al empleo que suelen crear algunas instituciones públicas (Universidades, Ayuntamientos, etc.), que pueden tener o no naturaleza privada, aunque generalmente aparecen como servicios públicos colaboradores de los que dirige y gestiona el INEM.

Con todo, probablemente no se agoten aquí las posibilidades que ofrece el art.1.2 LFO. En su formulación —que, a diferencia del Convenio núm.96 de la OIT, no exige conexión de la agencia de empleo con otras organizaciones o instituciones— caben también agencias o entidades que no dependan (ni orgánica ni económicamente) de otra institución y que, en consecuencia, hayan de cubrir sus gastos con sus propios ingresos; siempre que, como exige con carácter general el Convenio núm.96 de la OIT, no busquen «un beneficio material» y que desde el punto de vista económico se limiten a percibir «un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera».

El art.1.2 LFO, como ya vimos, se refiere explícitamente a estos derechos económicos, y a tal efecto precisa que la «remuneración» que perciban esas agencias (del trabajador, del empresario o de ambos conjuntamente) debe limitarse exclusivamente a los gastos ocasionados por el servicio prestado. En cualquier caso, tanto esta redacción como la del Convenio núm.96 de la OIT, aunque puedan servir de guía, no dejan de plantear graves problemas interpretativos: ¿cuándo estamos ante «un beneficio material» y cuándo ante una «remuneración cualquiera»?; ¿encajan en el cómputo correspondiente todos los gastos de funcionamiento, incluidos los gastos de personal y, en su caso, los costes de mantenimiento de la persona que, al frente de una agencia, dedica su esfuerzo a esas tareas de mediación?

Por lo demás, el art. 1.2 LFO —que es innovador respecto de la inicial redacción del RDL 18/1993— exige a dichas agencias que garanticen en su ámbito de actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo; y correlativamente, mediante una regla que guarda mucha relación con el art. 17.1 ET, les prohíbe que establezcan discriminaciones por motivos de «raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado».

### 3. El régimen de sanciones de las agencias privadas de empleo

Una última consideración conviene hacer sobre la incidencia de estas modificaciones legales. La disposición derogatoria LFO no hacía referencia alguna al art.28 LIS, en el que en ese momento se calificaba como infracción administrativa muy grave «ejercer las actividades de mediación privada en la colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo, prohibidas en el párrafo primero del artículo 16.2 de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores».

La pervivencia (al menos formal) de este precepto legal podía plantear diversos problemas interpretativos, una vez que quedaba derogado expresamente el art.16.2 ET, donde se contenía la correspondiente prohibición de desarrollo de esas actividades de mediación. Mucho más cuando el art.1.2 LFO había previsto expresamente la autorización de las agencias privadas de colocación que cumplan determinadas condiciones; agencias que precisamente están llamadas a realizar esas «actividades de mediación» que en apariencia aún seguían siendo objeto de sanción administrativa.

Por ello, era preciso encontrar una vía de articulación entre el art.28.1 LIS y la nueva situación normativa. En ese sentido, una vez que había entrado en vigor el DLFO había de entenderse, seguramente, que tan sólo constituía infracción administrativa, en los términos del antiguo art.28.1 LIS, la actividad de mediación llevada a cabo por las agencias privadas con fines lucrativos; así como, en su caso, la actividad de mediación que no contaba con la autorización pertinente de los servicios públicos de empleo, aunque no se realizara con fines lucrativos.

Con todo, la articulación de esos distintos preceptos era bastante problemática; por ello, la operación normativa más razonable parecía ser la adaptación de la LIS al nuevo tenor de las leyes sustantivas. Esta es, precisamente, la tarea abordada por la Ley 11/1994, que da nueva redacción al artículo 28.1 LIS, según la cual constituye infracción administrativa muy grave ejercer actividades de mediación en la colocación de trabajadores «con fines lucrativos» o ejercerla, aún sin perseguir esos fines, sin la «correspondiente autorización administrativa».

Pero la Ley 11/1994 también ha modificado el artículo 28.2 LIS, para traducir a términos de infracción y sanción administrativa la prohibición de discriminaciones recogida en el art. 1.2 LFO, a la que anteriormente hicimos referencia. Según esta nueva redacción del artículo 28.2 LIS, se considera infracción administrativa muy grave el establecimiento de condiciones, «mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio», que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por los conocidos motivos de «raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión pública, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado».

### 4. La regulación de las agencias de selección de personal

La mera derogación del art.16.2 ET y del art.40.2 LBE con la entrada en vigor del DLFO planteó también, y sigue planteando con la LFO, algunos problemas...

interpretativo, referido esta vez a otros sujetos que no se dedican exactamente a funciones de mediación pero que pueden intervenir e intervienen de hecho con ocasión de la colocación de trabajadores. Sobre todo cabe preguntarse en qué situación quedan las agencias de selección de personal, que estaban expresamente admitidas en esos preceptos y que no se mencionan en la nueva disposición legal. Con toda seguridad, a esa pregunta debe darse una respuesta positiva, que puede estar fundada en dos tipos de argumentación.

En primer lugar ha de atenderse a las funciones y características de esas empresas de selección. Como se sabe, no son agencias de colocación en sentido estricto, pues su función se restringe a proporcionar información sobre las aptitudes profesionales de un trabajador y sobre la adecuación de los candidatos existentes a las ofertas de empleo o necesidades de personal de las empresas. Teniendo en cuenta esa especial dedicación, una interpretación finalista de las reformas introducidas por LFO llevaría sin duda a la conclusión de que siguen legalizadas, toda vez que el objetivo principal de las nuevas normas es ampliar las posibilidades de actuación de agentes privados en los procesos de colocación.

Hay, en segundo lugar, algunos datos normativos que avalan esa opción interpretativa. El art.44 LBE, que sigue vigente tras el LFO, dispone en su párrafo primero que el INEM podrá colaborar con tales agencias en labores de selección de personal, dentro de sus funciones genéricas de colaboración en la orientación y calificación profesional de los trabajadores. Y ese mismo precepto legal establece en su párrafo tercero la obligación de las empresas de selección de personal de informar al INEM «de sus tareas». Luego la legislación vigente sigue contemplando y presuponiendo la licitud de la actividad desarrollada por esas empresas, aunque sea mediante referencias legales ciertamente indirectas e incompletas.

En cualquier caso, el régimen jurídico de estas agencias también se ha dulcificado notablemente tras la LFO. En efecto, al derogarse íntegramente aquellos preceptos legales (art.16.1 ET y art.40.2 LBE) desaparece la obligación que tenían las empresas de selección de trabajadores de identificar en sus anuncios las demandas de empleo. Y al derogarse el art.26.3 LIS queda sin efecto la tipificación a efectos de sanción administrativa (como infracción leve) de los actos de incumplimiento de esa obligación.

Se mantienen vigentes, de todas formas, algunas obligaciones asignadas a tales empresas y algunas previsiones sancionadoras. El art.44.3 LBE dispone que las empresas de selección de personal deben informar al INEM «de sus tareas». Por su parte, el art.27.3 LIS califica como infracción administrativa grave el incumplimiento de esa obligación, esto es: «no informar las empresas de selección de sus tareas al Instituto Nacional de Empleo». A la postre, en estas previsiones va a recogerse a partir de ahora el régimen jurídico de estas agencias, al menos en lo que se refiere a sus relaciones con los servicios públicos de empleo. Son previsiones, por lo demás, bastante vagas y difusas, pues se limitan a establecer unos deberes de información sobre cuya periodicidad y contenido tampoco hay mayores precisiones en la normativa vigente.

## IV. CESIÓN DE TRABAJADORES

### 1. El cambio normativo y sus problemas interpretativos

El art.2 LFO ha venido a sustituir al art.43 ET, que queda por consiguiente derogado. La nueva regulación legal de la cesión de trabajadores ha recogido en principio el contenido de aquel otro precepto legal, pero también es cierto que presenta una formulación bastante diferente, especialmente en su párrafo primero. Globalmente, el art.2 LFO se ocupa, como su antecedente, de los supuestos de cesión de trabajadores. Sin embargo, a diferencia de la normativa anterior, el primer objetivo de este nuevo precepto legal no parece que sea la prohibición propiamente dicha de esas prácticas, sino más bien la legalización de ciertas actividades conectadas con ese supuesto de hecho.

El propósito principal de esta reforma normativa es, concretamente, la legalización de las empresas de trabajo temporal, cuya actividad, según todos los indicios, venía siendo tolerada en nuestro país durante los últimos años, pese a que parecía chocar, de manera frontal, con la prohibición absoluta de cesión de trabajadores que anteriormente se recogía en el art.43 ET. Aquí se encuentra, sencillamente, la explicación y en su caso justificación de este apartado de la reforma legal introducida por el LFO.

En cualquier caso, lo cierto es que ese objetivo particular -la legalización de las empresas de trabajo temporal- ha lastrado en buena medida la redacción y el contenido que finalmente presenta el art.2 LFO (y, previamente, el DLFO). Por de pronto, lo que tan sólo debería haber sido una excepción a la regla general (que no debe ser otra que la prohibición de la cesión de trabajadores), aparece en ese precepto legal como la regla propiamente dicha. Traicionado tal vez por su inmediato propósito, el art.2 LFO se ha limitado a declarar la licitud de la cesión de trabajadores llevada a cabo a través de esas empresas de trabajo temporal, sin incluir una regla que prohíba directamente y con carácter general los actos de cesión; de tal modo que una prohibición como la que ha figurado tradicionalmente en nuestro ordenamiento (por ejemplo, en el propio art.43 ET) tan sólo puede extraerse de una interpretación histórica del nuevo precepto o de una lectura *contrario sensu* de su párrafo primero.

La extraña formulación del art.2 LFO va a provocar, muy probablemente, muchos problemas de interpretación y aplicación. Por de pronto, lleva consigo una evidente falta de conexión entre el primer párrafo de ese precepto legal y los restantes, que —recogidos sin apenas modificaciones de la anterior redacción del art.43 ET— presuponen una prohibición que en realidad no se explicita en la norma vigente. Pero no cabe duda de que los problemas van a ser de mayor entidad a la hora de delimitar el supuesto de hecho que queda prohibido tras la entrada en vigor del RDL 18/1993 y de la LFO.

### 2. Supuesto de hecho y ámbito de aplicación de la prohibición

Seguramente el mejor procedimiento para delimitar el ámbito de aplicación

del art.2 LFO es, como ya se hizo con sus antecedentes, proyectarlo sobre el fenómeno de la «interposición en el contrato de trabajo». Como se sabe, es ésta una situación que se crea (o se mantiene, según los casos) cuando el trabajador está contratado formalmente por un empleador pero presta servicios realmente para otro. Pues bien, siempre que aparezca ese fenómeno será de aplicación el art.2 LFO, salvo que se trate de una situación expresamente permitida por la norma, como veremos después. Siendo así, ha de decirse en primer lugar que el art.2 LFO entra en juego no exactamente cuando se contratan trabajadores «para cederlos» temporalmente a otra empresa, sino más bien cuando esos trabajadores, una vez contratados, son cedidos efectivamente a otro empleador. Pese al tenor literal del precepto («la contratación de trabajadores para cederlos») no basta con la intención de ceder a los trabajadores contratados, sino que es preciso que se produzca en efecto la cesión, pues en caso contrario no se habría dado origen al citado fenómeno de interposición.

Por esa misma razón, para que resulten de aplicación las reglas del art.2 LFO no es preciso que los trabajadores sean contratados para cederlos; basta desde esta perspectiva, que trabajadores anteriormente contratados por un empresario sean cedidos con posterioridad a otra empresa, aunque no haya sido ésa la intención inicial, y por consiguiente, aunque dichos trabajadores hubieran prestado servicios durante un tiempo más o menos prolongado en la empresa que formalizó los contratos de trabajo.

De ello se deduce que la contratación y cesión de trabajadores estará prohibida «cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra», como decía anteriormente el art.43 ET. Ciertamente, el art.2 LFO no incluye un inciso similar, pero una interpretación histórica, finalista y sistemática del precepto ha de llevar a esa conclusión. Entre esos «títulos» o vehículos de cesión ha de incluirse, sin duda alguna, la contrata o subcontrata de obras o servicios, negocio que en principio es lícito y válido a los ojos de la ley (así lo presupone el art.42 ET, como se sabe) pero que, como muestra la experiencia, puede entrañar auténticas cesiones de personal.

Por lo demás, ha de entenderse, asimismo, que en la prohibición legal del art.2 LFO encaja tanto la actividad de contratación y cesión, como la utilización de los trabajadores sometidos a ese tráfico prohibido. Ciertamente, no alude a esta otra faceta de la cesión el párrafo primero del art.2 LFO; pero si se entendiera de otra manera, no tendrían sentido ni virtualidad práctica las consecuencias legales que se prevén en los párrafos segundo y tercero de ese mismo precepto, a las que inmediatamente nos vamos a referir.

### 3. Responsabilidades y sanciones

Estas consecuencias, como ya decía el art.43 ET y dispone ahora el art.2.2 LFO, consisten en primer término en la atribución de diversos tipos de responsabilidad a «los empresarios que infrinjan lo señalado en el apartado anterior», esto es: a las personas implicadas en la cesión, tanto a la que contrata y cede

trabajadores (cedente) como a la que utiliza los servicios de los trabajadores cedidos (cesionario).

Ambos sujetos asumen por de pronto «responsabilidad solidaria» frente a «las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la seguridad social» referencia ésta que es reproducción exacta de la que se recogía en el art.43 ET; que debe completarse igualmente con las previsiones de los arts. 104.1 y 127.2 de Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en lo que toca a las obligaciones de seguridad social y del art.40 LIS en lo que afecta a la responsabilidad en materia de seguridad e higiene en el trabajo. También pueden asumir responsabilidad administrativa y penal, en los términos previstos, respectivamente, en el art.8. LIS y en el art.499 bis CP.

Consecuencia añadida de la cesión es el derecho de «los trabajadores sometidos al tráfico prohibido» a elegir su integración como trabajadores fijos en una u otra empresa, una vez transcurrido un plazo igual al que hubieran podido fijar para el periodo de prueba. Según el art. 2.3 LFO, en «la nueva empresa» («la que elijan, a la postre) sus derechos y obligaciones serán los que corresponden a un trabajador que preste servicios en el mismo puesto de trabajo o equivalentes si bien, la antigüedad «se contará desde el inicio de la cesión ilegal». Todo ello parece claro, salvo que decidan mantenerse en la empresa que contrató sus servicios, en cuyo caso habrán de disfrutar de las condiciones pactadas en el supuesto de que fuesen superiores a las que se derivan de esa regla legal, y tendrán derecho a que la antigüedad se les compute desde su ingreso formal en la empresa, aunque la cesión se hubiera producido con posterioridad.

### 4. Cesiones legalizadas

Como ya hemos dicho, el propósito fundamental de la reforma legal en esta materia de cesión de trabajadores no era otro que abrir la puerta a la actividad de las empresas de trabajo temporal. Por ello, la primera excepción que sufre la prohibición del art. 2 LFO es la que deriva de las cesiones de personal efectuadas por esas empresas; se trata por consiguiente, de una salvedad expresamente prevista por ese precepto.

Pero también desde esta perspectiva el art. 2 LFO plantea algunos problemas interpretativos. Como puede comprobarse, el párrafo primero de ese precepto dispone que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a una empresa «sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal». Quiere decir con ello –al utilizarse el adverbio «sólo»– que ésa es la única excepción posible a la prohibición general? ¿Significa esta nueva regulación ya no son admisibles otros supuestos de cesión admitidos cuando aún está vigente el art.43 ET?

La respuesta debe ser negativa. Como se ha venido diciendo, la preocupación fundamental del RDL 18/1993, en lo que concierne a esta materia, era la situación legal de las empresas de trabajo temporal, y ésa es la razón, como ya dijimos, que se haya dado una redacción tan singular –y defectuosa– al citado precepto.

legal. Pero no se descubren argumentos de peso para pensar, ni siquiera para sospechar, que el legislador ha querido cuestionar, para abordar de nuevo su regulación, todas y cada una de las situaciones que entrañaban cesión de trabajadores y que habían sido ya contempladas por la normativa anterior.

Alguna de ellas incluso, ha sido tomada como modelo para la proyectada regulación de las empresas de trabajo temporal, lo cual es un argumento adicional para defender su no afectación por la reforma introducida por el RDL 18/1993. Se trata de la cesión de trabajadores efectuada por las sociedades estatales de estiba y desestiba al amparo del RDL 2/1986, de 23 de mayo, norma que además, se asienta sobre unas circunstancias particulares que no han variado y que siguen justificando su singular contenido. Un segundo supuesto es la cesión de deportistas profesionales de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1006/1985, de 26 de junio, cuya justificación tampoco ha desaparecido con la entrada en vigor de las nuevas reglas generales sobre cesión de trabajadores.

Algo más problemática podría ser la cesión o traspaso de trabajadores en el seno de los grupos de empresas, admitida en muchos casos por la jurisprudencia. Pero tampoco parece que se deba dar mayor trascendencia a la redacción formal del art.2.1 DLFO a la hora de enjuiciar la legalidad de esas prácticas. Puede discutirse si son o no lícitas, pero en cualquier caso la calificación por la que se opte no debería fundarse en la literalidad de la norma actualmente vigente (ni, en particular, en el inciso del art.2.1 LFO según el cual la cesión de trabajadores «sólo podrá efectuarse...»), sino más bien, en la razón de ser de la prohibición legal de la cesión y en las circunstancias (más o menos singulares) que pudieran concurrir en el supuesto de grupo de empresas.

## V. LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### 1. Características y funciones

Como se sabe, las empresas de trabajo temporal son agencias u organizaciones empresariales que se dedican a la contratación de trabajadores con el fin, no de darles trabajo, sino de cederlos con carácter temporal a otros empresarios, usuarios reales de los servicios de esa mano de obra. En principio, es una actividad que tiene conexiones evidentes con la mediación en el contrato de trabajo, pues también coadyuva a la colocación de trabajadores; así se contempla en el preámbulo del DLFO que alude, cuando se refiere a estas empresas, a la conveniencia de hacer «más transparente y operativo el mercado de trabajo».

Pero también es cierto que el fenómeno implícito en la actuación de la empresa de trabajo temporal se asemeja más que nada a la interposición en el contrato de trabajo, desde el momento en que tal agencia no se limita a labores de mediación, esto es, a poner en contacto a quienes desean celebrar un contrato de trabajo sino que llega a formalizar contrato con los trabajadores reclutados, si bien con el único objeto de proporcionarlos, llegado el caso, las empresas que requieran sus servicios con carácter temporal, eventual o transitorio.

Según apuntamos con anterioridad, el art. 2 LFO se preocupa ante todo de dejar a salvo la legalidad de estas empresas de trabajo temporal, pues de no ser por una cláusula expresa de excepción, la actividad que desempeñan entraría en contradicción con la regla general de prohibición de la cesión de trabajadores. A tal efecto, dispone que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa «sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan».

### 2. Un apunte sobre su régimen jurídico

La respuesta legal que da el art. 2 LFO —y, previamente, el art. 2 DLFO— a la actividad de las empresas de trabajo temporal es, sin embargo, incompleta. Como se ha visto, en ese precepto se da un paso importante hacia su legalización aunque esta operación no llega a consumarse; con ese fin, tan sólo se lleva a cabo una remisión a las normas legales que —en un momento posterior, se entendiend regulen las condiciones de autorización de ese tipo de agencias. Si bien, también es cierto que se hace una especie de emplazamiento al legislador para que afronte con carácter más o menos inmediato esa regulación, una vez que, tras modificar el tenor de la regla clásica sobre cesión de trabajadores (art.43 ET), la actividad se declara compatible con las normas vigentes.

En tanto no se completara normativamente esa previsión legal no podía afirmarse, ciertamente, que la actividad de las empresas de trabajo temporal es lícita de forma plena, puesto que no podían obtener la autorización administrativa a la que el art. 2 LFO —y anteriormente el art. 2 RDL 18/1993— condicionaba el ejercicio válido de su actividad. Pero al mismo tiempo, tampoco parecía admisible la sanción administrativa de tales agencias, entre otras cosas porque el artículo 8.2 LIS, que tipificaba la cesión de trabajadores, lo hacía «en los términos prohibidos por la legislación vigente», términos que a partir del RDL 18/1993 no se encontraban en el art. 4.3 ET sino en aquel otro precepto legal.

De cualquier manera, la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), ha venido a cubrir esa laguna legal, al ocuparse específicamente de las empresas de trabajo temporal y recoger —al menos en sus términos generales, y sin perjuicio de posterior desarrollo reglamentario— las condiciones de ejercicio de su actividad los requisitos que han de acreditar para la obtención de la correspondiente autorización administrativa, y el procedimiento administrativo que se ha de seguir a esos efectos (arts. 2 a 5 LETT).

Además de esas cuestiones, la LETT se ocupa de otros importantes aspectos de la actuación de las empresas de trabajo temporal: los términos de la relación laboral que se establece entre esas empresas y los trabajadores contratados para posterior cesión a otras empresas («empresas usuarias»); los «contratos de puesta a disposición» que pueden celebrar dichas empresas con las empresas que requieren mano de obra; los derechos y obligaciones de los trabajadores en la empresa usuaria y el régimen de infracciones y sanciones de unas empresas y otras.

Otras reglas importantes se derivan de las disposiciones adicionales LETT. Por un lado, se declara expresamente la aplicación supletoria de la «legislación laboral y de seguridad social» a las relaciones entre los trabajadores y la empresa de trabajo temporal o la empresa usuaria; y la supletoriedad de la «legislación civil y mercantil» a las relaciones entabladas entre ambas empresas. Por otro lado, se atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan «entre los empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de puesta a disposición».

Por lo demás, ya hemos dicho de modo incidental que la relación entre las empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados para su posterior cesión a otras empresas se califica expresamente como «relación laboral» (Capítulo III LETT). Esta calificación ha de completarse con lo dispuesto en la disposición adicional tercera Ley 11/1984, que retoma la noción de empresario que a efectos laborales da el art. 1.2 ET y la extiende a quienes reciban la prestación de servicios —en términos figurados, pues en realidad no hay tal prestación en este caso— «de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas».

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE METODOLOGIA DE INVESTIGACION EN DERECHO DEL TRABAJO (1)

Por JOSÉ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN \*

**SUMARIO:** I. Ciencia: método científico y realidad social.—II. Complejidad del dato jurídico y pluralismo metodológico.—III. Sistema jurídico, sistemas jurídicos y pensamiento sistemático.—IV. Pluralidad, complejidad y unidad: el sistema de la Constitución.—V. Conclusión.

### I. CIENCIA: METODO CIENTIFICO Y REALIDAD SOCIAL

La reflexión sobre la esencia y el papel a cubrir por el Derecho del Trabajo es una reflexión permanente y recurrente. No creo incurrir en exageración si afirmo que las incertidumbres sobre la Ciencia a la que nos dedicamos han alcanzado una dimensión sobrecogedora en los últimos tiempos, hasta el punto de que, hoy por hoy y quizás más que nunca, el científico social tiene conciencia de la relatividad de sus saberes y de la inseguridad de que están dotadas sus afirmaciones (2). Hoy por hoy, más que nunca también, el esfuerzo de «comprender» (3), para poder explicar después, la naturaleza y funciones del Derecho del Trabajo exige dedicar una especial atención a los útiles metodológicos a aplicar en la investigación científica. Si es verdad que la Ciencia es el Método, esa verdad puede que sea hoy más cierta, porque más compleja es cualquier realidad y porque más plurales habrán de ser los útiles de conocimiento empleados para escudriñarla.

Partamos de dos consideraciones preliminares. La primera es la de que toda reflexión sobre el método científico tiene el doble carácter de coyunturalidad o instantaneidad, por un lado, y de exigencia permanente, por otro. Coyunturalidad o instantaneidad porque es una cuestión siempre abierta, y más en momentos

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

(1) Este trabajo formó parte del «Proyecto docente y de investigación», presentado para afrontar la primera prueba del concurso para cubrir una plaza de Profesor Titular en la Universidad de Sevilla, en septiembre de 1993.

(2) En el caso de los iuslaboralistas, esta conciencia del relativismo del trabajo científico es especialmente patente. Así, por ejemplo, Manuel PEREZ PEREZ, en «El Derecho del Trabajo en la década de los "90"», en RL, nº 2/94, págs. 31-63, llega a decir que la visión personal que del Derecho del Trabajo produjo en 1988 resulta «ya hoy, (una) obsoleta concepción» (op. cit., pág 31).

(3) Sobre el sentido de los términos «comprensión» y «explicación», en el sentido