

REFLEXIONES SOBRE EL AUMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS POR LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: GARANTÍAS Y AUSENCIAS DESDE LA ÓPTICA DE LA FLEXISEGURIDAD

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá

EXTRACTO

Palabras clave: Empresas de Trabajo Temporal, cesión de trabajadores

La reforma laboral de 2012 ha avanzado en el proceso de liberalización de las empresas de trabajo temporal como empresas de servicios, con el fin de atajar los problemas derivados de la crisis económica y responder a las altas tasas de desempleo. Dicha reforma amplía significativamente el margen de actuación de las empresas de trabajo temporal, que pueden desarrollar las labores propias de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, lo que exceptúa la exigencia de su tradicional actividad exclusiva de cesión temporal de trabajadores. Esto conlleva una verdadera reconversión empresarial, que permite a las empresas de trabajo temporal presentarse en el mercado de trabajo como agencias integrales de empleo. Sin duda, la mejora del estatuto del trabajador en misión y el aumento del protagonismo de las agencias de colocación han sido las claves de esta nueva fase de liberalización de las empresas de trabajo temporal. En relación al estatuto del trabajador en misión, la reforma laboral de 2010 supuso un debilitamiento de las empresas de trabajo temporal y ello debido al aumento del coste empresarial ligado a la equiparación de condiciones de trabajo y empleo. En contrapartida a dichos cambios las empresas de trabajo temporal demandaron y, finalmente, han conseguido un margen de actuación mucho más amplio en el ámbito de la intermediación laboral.

ABSTRACT

Key Words: Temporary work agencies, placement of workers

The 2012 labour law reform has liberalized the temporary work agencies as services companies with the aim to tackle problems caused by the economic crisis and try to overcome the increasing unemployment rates. Such reform extends the margin that his type of private agencies have, that is, they can act as a private placement-agencies making profit leaving apart the typical traditional profile of providing temporary workers. This is a real business transformation because temp-work companies act in the labour market as full employment agencies. Without a doubt, as part of this liberalization process we can highlight the changes in the Workers' Statute are in favour of these changes allowing a more protagonist role for placement agencies and ample their room to operate. In relation to the Workers' Statute, the 2010 labour reform weakened the position of temporary work agencies due to business' costs that were bond to make equal working and employment conditions. To react to this, temporary work agencies were against these measures, so, finally they have achieved a quite ample margin to operate in employment intermediation.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: UNA MIRADA RETROSPECTIVA AL ESTATUTO DEL TRABAJADOR EN MISIÓN EN EL ACTUAL CONTEXTO REFORMISTA
2. EL AUMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CONTRAPESO EN CLAVE DE FLEXISEGURIDAD
3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS EN SUS CONDICIONES BÁSICAS DE TRABAJO Y EMPLEO
4. ASPECTOS RELATIVOS A LA EQUIPARACIÓN SALARIAL: PRINCIPALES PROBLEMAS APLICATIVOS
5. PROBLEMAS RELATIVOS AL MODELO DE CONTRATACIÓN LABORAL: EL IMPACTO DE LOS INTENTOS DE REDUCIR LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
6. LAS CONDICIONES DE ACCESO AL EMPLEO EN LAS EMPRESAS USUARIAS: EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LAS VACANTES
7. LA PROMOCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL: GARANTÍA DE EMPLEABILIDAD
8. LA EXTENSIÓN PROGRESIVA A OTRAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO
9. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CLARO EJEMPLO DE PRECARIEDAD LABORAL
10. EL TRATAMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES Y EL REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: UNA MIRADA RETROSPECTIVA AL ESTATUTO DEL TRABAJADOR EN MISIÓN EN EL ACTUAL CONTEXTO REFORMISTA

El proceso de reformas laborales ha conferido un nuevo papel a las empresas de trabajo temporal (ETT), otorgándoles una importante misión en el mercado de trabajo con el pretendido objetivo del fomento del empleo. Especialmente la reforma laboral de 2012 ha avanzado en el proceso de liberalización de las empresas de trabajo temporal como empresas de servicios, con el fin de atajar los problemas derivados de la crisis económica y responder a las altas tasas de desempleo. Dicha reforma amplía significativamente el margen de actuación de las ETT, que pueden desarrollar las labores propias de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, lo cual exceptúa la exigencia de su tradicional actividad exclusiva de cesión temporal de trabajadores. Esto conlleva una verdadera reconversión empresarial, que permite a las ETT presentarse en el mercado de trabajo como agencias integrales de empleo y todo ello en un contexto presidido por el debilitamiento del control administrativo.

Se trata, pues, de una transformación estructural del modelo de empresas de trabajo temporal, que enlaza con la reforma de 2010, que ya amplió su ámbito de actuación eliminando las limitaciones a los contratos de puesta a disposición y reconoció la existencia de las agencias de colocación retribuidas con el contrapeso, en clave de flexiseguridad, del aumento de la protección del trabajador en misión. Sin duda, la mejora del estatuto del trabajador en misión y el aumento del protagonismo de las agencias de colocación han sido las claves de la nueva fase de liberalización de las ETT, que se ha producido con el RD-Ley 3/2012. La reforma laboral de 2010 supuso evidentemente un debi-

litamiento de las empresas de trabajo temporal, que demandaron y finalmente han conseguido un margen de actuación mucho más amplio. Sin duda, esta nueva fase de liberalización del fenómeno de las empresas de trabajo temporal se enmarca, al igual que en la reforma laboral de 1994, en un contexto de crisis del empleo con análogas altas tasas paro. Se trata de dos momentos históricos en nuestra legislación que han permitido cambios de hondo calado en nuestro sistema de intermediación laboral.

Tradicionalmente, las ETT han tenido una imagen peyorativa debido a las dosis de precariedad laboral inherente al modelo atípico de relación triangular, que hasta ahora han venido desarrollando exclusivamente. Ello contrasta con el nuevo papel conferido en el proceso de reformas laborales, surgido con motivo de la crisis económica, que atribuye a las ETT una misión importante en el mercado de trabajo desde el punto de vista del fomento del empleo. Asimismo, el aumento de la protección de los trabajadores en misión enlaza con un modelo de ETT que se ha instalado en la práctica, sometido a diversos controles administrativos y a la necesaria observancia de exigencias legales para su funcionamiento. Sin duda, la promoción del modelo de ETT tradicional ha conseguido el mantenimiento de una actividad empresarial, que permite en justa lógica la mejora de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos. El aumento de la protección de los trabajadores cedidos responde a la transposición de la Directiva 2008/104/CE, que fue aprobada en el inicio de la crisis de económica y financiera, que ha ido progresivamente agudizándose y que ha dado lugar a la reforma posterior de derechos laborales que afecta irremediabilmente al nuevo estatuto del trabajador en misión¹.

¹ Las últimas reformas laborales han prestado atención al régimen jurídico de las ETT atendiendo al contexto de crisis económica y financiera, que ha desembocado ineludiblemente en una crisis de empleo. Precisamente, los ajustes realizados tienen como finalidad la generación de empleo a través de las ETT como mecanismo para luchar contra el paro, aumentando sus funciones de intermediación laboral. Esta idea, que se aprecia plenamente en la reforma laboral de 2012, no se asumió en la reforma de 2010, ya que su finalidad era esencialmente la transposición de la Directiva 2008/104/CE, que respondía a un contexto enmarcado en los primeros efectos de la crisis económica. Con todo, ya en ese momento se apreciaba la posibilidad de recurrir a las ETT como medio de mejora del empleo. Precisamente, la Directiva 2008/104/CE abogaba ya por la expansión de las posibilidades de recurrir a los servicios de las ETT. No obstante, en los primeros momentos de la crisis económica la clave no era tanto cambiar el modelo de ETT, sino adaptar su régimen jurídico a un sistema más flexible que permitiera favorecer la dinámica de las cesiones temporales y, a su vez, dotara de márgenes de seguridad a los trabajadores. Con el paso de los años y la intensificación de los efectos de la crisis económica en el empleo se ha planteado la necesidad de implementar medidas de flexibilidad laboral, considerando que el proteccionismo laboral implica rigidez y ello impide que las empresas puedan ser competitivas y puedan crear empleo. Se considera que las altas tasas de desempleo y el estancamiento de las contrataciones laborales se justifican en la rigidez del mercado de trabajo y en la sobreprotección de las legislaciones laborales. Vid. OIT, “Combinar flexibilidad y seguridad en la perspectiva del trabajo decente”, Documento para debate y discusión de 20 de octubre. GB. 306/ESP/3/ 1. Comisión de empleo y política social. Oficina Internacional del Trabajo. 306ª reunión, noviembre, 2009, pp. 1-ss.

No cabe duda que las ETT pueden y seguirán dedicándose a su labor originaria de cesión temporal de trabajadores, muy especialmente aquellas ETT de menor dimensión. Dichas empresas debido a sus menores recursos no podrán presentarse en el mercado como empresas de servicios integrales de empleo. Probablemente, este menor índice de competitividad supondrá en la práctica un proceso de reconversión sectorial, que dé lugar a la reducción del número de ETT. En cualquier caso, no cabe duda que también las ETT de gran dimensión van a seguir desarrollando su papel tradicional de prestamismo laboral. Ello abunda en la necesidad de seguir controlando este tipo de actividad empresarial, que efectivamente representa un aumento del coste empresarial derivado de la mejora de la protección conferida a los trabajadores cedidos.

2. EL AUMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CONTRAPESO EN CLAVE DE FLEXISEGURIDAD

Los principios de flexiseguridad, y el equilibrio justo y necesario que conlleva, han sido defendidos igualmente por la propia Directiva 2008/104/CE (considerando 9). En virtud de los principios asumidos por la Unión Europea, el aumento del margen de flexibilidad laboral tiene que convivir con un justo equilibrio, a fin de compensar las demandas liberalizadoras de las empresas y la necesaria protección de los trabajadores. De este modo, el aumento de la flexibilidad laboral y la liberalización del recurso a las ETT se tienen que combinar con la mejora de la calidad de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores en misión bajo el principio de igualdad de trato respecto de los trabajadores de la empresa usuaria².

Ciertamente, el objetivo no es otro que alcanzar una combinación justa entre flexibilidad y seguridad laboral como medio para garantizar un empleo de calidad. Desde esta óptica, la Directiva 2008/104/CE se presenta como ejemplo de flexiseguridad, que propone la apertura del uso de las ETT, aumentando su cuota de mercado con el fin de ayudar a la creación de empleo de una manera flexible. Ello conecta directamente con el objeto de nuestro estudio, ya que inevitablemente la opción de otorgar a las ETT un mayor protagonismo en la creación de empleo supone un reequilibrio, que viene acompañado por

² Se intenta, pues, acompasar el objetivo liberalizador con la máxima de conceder un mejor status laboral a los trabajadores cedidos por las ETT. Ello es una traducción directa de la lógica europea de la flexiseguridad como principio de las políticas sociales europeas. Vid. Torrents Margalef, J., "Reforma laboral, empresas de trabajo temporal y flexiseguridad: tres elementos de difícil combinación", en *La Reforma del Mercado de Trabajo de 2010* (Dir. Fernando Valdés Dal-Ré), Reus, Madrid, 2011, pp. 511-512.

una mejora de la tutela de los trabajadores cedidos en virtud del desarrollo del principio de igualdad respecto de las condiciones de los trabajadores de las empresas usuarias³.

La transposición del modelo comunitario a nuestro ordenamiento jurídico se realizó por medio de la reforma laboral de 2010 (RD-Ley 10/2010 y Ley 35/2010). En este contexto, igualmente la mejora de los derechos de los trabajadores en misión en sus condiciones de trabajo y empleo se presentaba como una compensación al aumento de los márgenes de actuación de las ETT. En este sentido, es preciso indicar que las limitaciones al recurso a las ETT han tenido tradicionalmente su fundamento en la relación existente entre el recurso al contrato de puesta a disposición y las elevadas tasas de accidentalidad derivadas de la externalización de los trabajadores temporales en empleos precarios y con bajo nivel de protección, dando lugar a grandes índices de siniestralidad⁴.

Sin duda, con el paso del tiempo las condiciones de trabajo han ido mejorándose y los índices de siniestralidad no son los mismos que en los inicios del modelo de las ETT, con la promulgación de la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT). Incluso se ha llegado a indicar que los trabajadores temporales cedidos por las ETT tienen una menor probabilidad de experimentar accidentes de trabajo, que los trabajadores temporales, aunque todavía es mayor que la siniestralidad de un trabajador indefinido⁵. Ello se debe especialmente a la obligación empresarial de proporcionar al trabajador formación preventiva antes de su incorporación al puesto de trabajo, lo cual permite informar al trabajador

³ Sobre la necesidad de reinterpretar el concepto de flexiseguridad. Vid. Cabeza Pereiro, J. - Ballester Pastor, M^a.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 30-ss.

⁴ En su momento, la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendientes a promover la mejora de la seguridad y de salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, tenía como objetivo atajar esta situación. Y en nuestro ordenamiento la respuesta vino de la mano del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT. Este decreto integra y desarrolla la normativa preventiva, garantizando el derecho de los trabajadores al mismo nivel de protección de seguridad y salud que los demás trabajadores de la empresa donde prestan sus servicios. Asimismo, dicho reglamento fijaba la relación de actividades y trabajos que debido a su especial peligrosidad tenían que quedaban excluidos de la celebración de los contratos de puesta a disposición, regulación ésta que ha sido significativamente afectada por la reforma laboral que amplía el margen de actuación sectorial de las ETT.

⁵ Vid. Moreno Vida, M.N., “Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal”, en *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico* (Dir. Monereo Perez), Comares, Granada, 2010, p. 139. Pérez de los Cobos Orihuel, F. - Thibault Aranda, J., “La necesaria reforma de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal”, en *El Empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación* (Coord. Blasco Pellicer, A.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 317.

sobre los riesgos específicos y las medidas preventivas aplicadas para reducir los accidentes de trabajo⁶. Sin duda, la siniestralidad es un tema central, que ha preocupado especialmente a los agentes sociales del sector, que incluso han conformado un organismo paritario como es la Fundación SINDETT, que se ha preocupado muy especialmente por las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores temporales en misión.

Sin duda, en el nuestro modelo de ETT se proyecta con especial repercusión el factor de la siniestralidad. Nuestra legislación laboral ha prestado especial celo al recurso de las ETT debido al riesgo a la mayor precariedad de los trabajadores en misión en comparación con los trabajadores empleados directamente por las empresas usuarias. Es decir, existe un binomio inseparable entre este tipo de relaciones triangulares de naturaleza atípica y el trabajo precario. En este sentido, los índices de precariedad laboral han dado lugar a situaciones de abuso, que han sido el fundamento del necesario aumento del estándar de protección del trabajador en misión. La clave es el aumento del contenido de la actividad de las ETT a cambio de un empleo de mayor calidad. Se trata de mejorar las condiciones de trabajo y de empleo que han aumentado el estatuto del trabajador en misión afectando especialmente al art. 11 LETT, que sin duda ha dado lugar una extensión de la protección laboral que va más allá de la garantía de la equiparación salarial⁷. Del mismo modo, el contrapunto en clave de flexiseguridad se ha canalizado mediante la necesaria revisión del régimen jurídico de responsabilidad, previéndose mecanismos de garantía de obligaciones conjuntas o comunicación de responsabilidad entre las ETT y las empresas usuarias en estas relaciones triangulares con el fin de evitar los efectos perniciosos del prestamismo laboral.

Todas estas observaciones en relación a la precariedad laboral siguen estando plenamente vigentes debido a la proyección del principio de flexiseguridad, que tienen como finalidad no tanto proteger el puesto de trabajo, sino proteger efectivamente al trabajador. Y ello a pesar de que con el paso del tiempo, y con casi dos décadas de trabajo temporal gestionado por ETT, los posibles

⁶ Sobre el cambio del contexto que condiciona el tratamiento prohibicionista del recurso a las ETT véase el informe de Conclusiones del Grupo de Trabajo de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo sobre ETT con fecha de 17 de junio de 2010, así como el estudio del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, que completa la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de los trabajadores de ETT de enero de 2010.

⁷ Vid. Ramos Quintana, M^a.L., “Intermediación laboral y Empresas de Trabajo Temporal en la reforma de 2010: la promoción de la intervención privada en el mercado de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, T.II, 2011, omo 2, epígrafe IV. García Gil, B., “Mecanismos de intermediación laboral tras la reforma laboral de 2010: principales modificaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2011. Goerlich Peset, J.M., “El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en *AAVV, La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, TOL 1.965392, p. 9.

supuestos de abuso de derecho han descendido considerablemente. Ello se ha debido esencialmente a los cambios normativos introducidos en el estatuto legal del trabajador cedido, que ha ido mejorándose progresivamente. No obstante, aún queda margen de mejora y la promoción de un equilibrio justo sigue gravitando, ya que las dosis de precariedad están todavía presentes en la práctica. El objetivo es, pues, la consecución de un equilibrio entre la protección de los trabajadores en misión y la promoción de un sistema de organización y gestión propicio para las ETT, que permita un cauce de trabajo flexible al que puedan recurrir las empresas usuarias, como vía de gestión flexible de sus recursos humanos. Por tanto, el desarrollo del principio de flexiseguridad no es más que una respuesta de conciliación y equilibrio de los intereses antagónicos concurrentes. Otra cuestión es si los cambios hasta ahora realizados en el estatuto del trabajador en misión, que tenían su contexto en la reforma de 2010, se muestran como medida de compensación adecuada ante la ampliación de la actividad de las ETT en materia de colocación.

3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS EN SUS CONDICIONES BÁSICAS DE TRABAJO Y EMPLEO

Sin duda, una de las principales medidas de contrapeso a los márgenes de flexibilidad ha sido la extensión del principio de igualdad de trato. Es decir, la efectiva equiparación de los trabajadores cedidos, en relación a sus condiciones básicas de trabajo y empleo, respecto de los trabajadores que ocupan el mismo puesto de trabajo en la empresa usuaria (art. 11.1 LETT y arts. 5 y 6 Directiva 2008/104/CE)⁸. En este sentido, los trabajadores cedidos por las ETT tendrán, como mínimo, las mismas “condiciones esenciales de trabajo y de empleo” que las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por las empresas usuarias para ocupar el mismo puesto de trabajo (art. 5 Directiva).

Con carácter general, es preciso decir que el principio de principio de igualdad de trato aplicable a los trabajadores en misión ya se contemplaba en

⁸ En este sentido, es preciso tener en cuenta la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 (LCEur 2000, 1850), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En nuestro caso, la aplicación del art. 5.1 Directiva, conlleva tener en cuenta la LO 3/2007, de 22 marzo (RCL 2007, 586), para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, como la transposición -llevada a cabo por Ley 62/2003, de 30 de diciembre (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892), de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Título II, Capítulo III, arts. 27 y ss.).

la LETT desde 1999 y la reforma laboral de 2010 vino a potenciarlo aún más. En este sentido, conviene indicar que muchas de estas medidas habían sido reconocidas previamente por la negociación colectiva o por la jurisprudencia social, que contemplaban regulaciones o interpretaciones que venía a mejorar el contenido de la Ley. La finalidad intrínseca a dichos cambios normativos es la mejora de la calidad del trabajo prestado a través de una ETT. Ello supone reafirmar a las ETT como verdaderos empresarios en un marco jurídico idóneo para la cesión temporal de trabajadores, que pueda contribuir a la creación de empleo y dignificar el desarrollo de la prestación laboral.

Después de la reforma laboral de 2010, los trabajadores en misión tienen derecho a las mismas condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria. Con carácter general, y como desarrollo de los derechos fundamentales laborales básicos, se reafirma legalmente la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza u origen étnico, religión, o creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (art. 11.1 ET), que se presenta como garantía esencial en la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo. Dichas condiciones esenciales de trabajo y empleo son las relativas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos⁹. Especial preocupación se muestra por la aplicación a los trabajadores cedidos de las mismas condiciones disfrutadas en las empresas usuarias en relación a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y atención a menores. Del mismo modo, se ha avanzado en la protección en materia igualdad de trato entre hombres y mujeres, lo que supone que las medidas de pro igualdad contempladas en las empresas usuarias, por ejemplo, los planes de igualdad y medidas de conciliación de la vida personal y familiar son igualmente aplicables a los trabajadores cedidos por una ETT. Igualmente, los trabajadores cedidos podrán disfrutar de los servicios provistos por la empresa para sus trabajadores tales como utilización de transportes o instalaciones colectivas, comedores, guarderías y demás servicios comunes mientras dure el contrato de puesta a disposición (art. 17.2 LETT).

Efectivamente, la equiparación es el objetivo, claro está, pero no cabe duda que la aplicación práctica plantea numerosos problemas. Ello se debe al

⁹ Se extiende a las condiciones esenciales que se identifican en términos de igualdad con las que les corresponderían si hubieran sido contratados directamente por la empresa usuaria. Es decir, “se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos” (art. 3.1.f Directiva). En cualquier caso, conviene recordar que se trata de un contenido susceptible de mejora por la legislación interna, así como por la negociación colectiva del sector. En este sentido, el V Convenio Colectivo de ETT ya incorporaba en su contenido normativo dichas condiciones básicas.

hándicap relativo a que el trabajador en misión no pertenece formalmente a la plantilla de la empresa usuaria. Efectivamente, su empleador es la ETT y ello da lugar a grandes problemas en el empleo, no ya en materia de estabilidad laboral, sino en la promoción profesional (problemas de formación y especialización), ascensos, imposibilidad de generar antigüedad o límites al ejercicio de los derechos colectivos¹⁰. Asimismo, estas medidas de fomento de la igualdad tienen su razón de ser en el menor poder contractual de los trabajadores en misión, debido a las posibles reducciones en el contenido de sus condiciones de trabajo desde el punto de vista individual y colectivo¹¹.

Con todo, aún es posible un mayor espacio a la igualdad, ya que puede afectar a otras condiciones de trabajo y empleo. Quedarían aún espacio por recorrer, aunque ciertamente, en determinadas circunstancias, y debido a la atipicidad del trabajo prestado en régimen de cesión temporal, así como por la concurrencia de circunstancias objetivas, puede existir y motivarse razonablemente un trato distinto. Ello queda patente en el conjunto de excepciones contempladas por la propia Directiva 2008/104/CE, que exceptúan la aplicación de la declaración general de igualdad de trato. Por ello, a pesar de que no figure como condiciones mínimas formalmente, no existen problemas para deducir dicho efecto como norma mínima de derecho necesario relativo, que permite su mejora por medio de la negociación colectiva (convenio colectivo, acuerdo o pacto colectivo de empresa), así como por medio de las decisiones unilaterales del empresario con efectos colectivos¹².

Por tanto, el convenio colectivo podrá, siempre que se respete la protección global de los trabajadores en misión, contemplar condiciones de trabajo y de empleo que sean más favorables. Tanto la Directiva, como nuestra legislación, se remiten en este ámbito al suelo mínimo del convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, especialmente en materia de remuneración, que

¹⁰ Vid. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2010, pp. 279-ss. Valdés Dal-Ré, F., "Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I) y (II)", en *Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 1995, p. 3.

¹¹ Vid. Sobre la interpretación del principio de equiparación de las condiciones básicas de trabajo y empleo, y especialmente sobre su proyección en materia retributiva. Vid. STS (Social) 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620).

¹² La jurisprudencia ha interpretado la referencia al convenio colectivo en sentido amplio (art. 11 LETT y art. 3.1.f Directiva 2008/104/CE). Vid. SSTs (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620), 25 de septiembre de 2002 (RJ 2004\5582), 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815). La referencia al convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria no debe interpretarse en sentido estricto como convenio colectivo estatutario. Precisamente, se entiende por condiciones de trabajo y empleo, las establecidas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones de aplicación en las empresas usuarias (art. 3 Directiva 2008/104/CE). Sin duda, la tesis de la aplicación de leyes, reglamentos y convenios, en nuestro caso, al tratarse de convenios de eficacia normativa general *erga omnes* plantea menos problemas jurídicos en comparación con otros países cuya negociación colectiva es de eficacia limitada.

incluirá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, previstas convencionalmente. Como sabemos, actualmente nuestra legislación se refiere a la proyección del principio de igualdad de trato respecto de los trabajadores en misión de forma extensiva y no ha contemplado ninguna de las cláusulas de la Directiva 2008/104/CE que permiten exceptuar el principio de igualdad (art. 5)¹³. Ello supone que las posibilidades de limitar el principio de igualdad por medio de la negociación colectiva tienen un menor ámbito de acción en nuestra legislación y condicionaría a la negociación colectiva en el supuesto de regular condiciones autónomas limitativas, sin duda, si éstas son contrarias a la ley¹⁴.

Especialmente sensibles es el tratamiento de los derechos de salud laboral. En este ámbito, la extensión del principio de igualdad no es más que un reflejo de la prohibición de discriminación por motivo de la temporalidad laboral, equiparación ésta ya contenida en el art. 28.1 LPRL desde el punto de vista de la salud laboral. Ciertamente, la equiparación preventiva de los trabajadores en misión respecto de los restantes trabajadores que presentan servicios es esencial. Los trabajadores cedidos temporalmente tienen que disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud, sin que puedan existir diferencias en las condiciones de trabajo en relación a los aspectos de

¹³ El Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva, que contemplaba algunas excepciones adicionales al contenido finalmente aprobado, ya tuvo oportunidad de indicar que el principio de igualdad y no discriminación quedaba sensiblemente afectado debido al conjunto de excepciones contempladas. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, Bruselas, 19 de septiembre de 2002. Con todo, la Directiva 2008/104/CE contempla un catálogo de supuestos de inaplicación del principio de igualdad de trabajo, que puede suponer la posibilidad de condiciones de precariedad de las relaciones laborales de los trabajadores contratados por las ETT y cedidos a las empresas usuarias. Vid. Pedrajas Moreno, A. - Sala Franco, T., "Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente, Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de las Empresas de Trabajo, Boletín Laboral-Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, 2009.

¹⁴ Según la Directiva, la negociación colectiva puede contemplar excepciones a la aplicación del principio de igualdad de trato, pero con límites. Se deberá respetar la protección global de los trabajadores cedidos, ofreciendo así un nivel de protección adecuado, sin concretar el nivel de protección básica necesario. Entonces, la Directiva garantiza la existencia de una protección de los trabajadores cedidos fundada en la igualdad de trato, pero contempla la posibilidad de establecer un régimen paralelo y diverso de condiciones de trabajo y empleo en virtud de la negociación colectiva. De este modo, "la Directiva, tras apoyar su propia existencia en una protección de los trabajadores cedidos basada en la igualdad de trato, abre la puerta a dobles regímenes de condiciones de trabajo y empleo derivados de acuerdos colectivos". Vid. San Martín Mazzucconi, C., "Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE. Relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal", en *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, (Dir. Sempere Navarro, A.V.- Areta Martínez, M^a), Laborum, Murcia, 2009, p. 601. *Ibidem*, "Las empresas de trabajo temporal", en *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el Derecho del Trabajo*, Eolas Ediciones, León, 2012, 237.

la protección preventiva. En este punto, incluso antes de la reforma laboral la mejora era ostensible y actualmente se trata de una equiparación que no admite excepciones, ni si quiera por motivos de racionalidad y proporcionalidad ligados al principio de igualdad. En materia preventiva, la estricta observancia del principio de igualdad de trato se muestra esencial, ya que está presente el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de los trabajadores (art. 15 CE). Por otro lado, conviene indicar que no se trata de una obligación exclusiva de la ETT, sino que está igualmente relacionado con la obligación de seguridad de la empresa usuaria (art. 28.5 LPRL), que será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en relación a la tutela de la seguridad y salud laboral. En este punto, el art. 16.2 LETT contempla que la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, configurándose como una responsabilidad directa a pesar de que no exista relación contractual con el trabajador en misión.

4. ASPECTOS RELATIVOS A LA EQUIPARACIÓN SALARIAL: PRINCIPALES PROBLEMAS APLICATIVOS

Sin duda, la paridad retributiva entre los trabajadores en misión y los trabajadores contratados directamente por las empresas usuarias ha sido tradicionalmente el ámbito de protección que más atención ha merecido, aunque ciertamente aún existe margen de mejora en la práctica. Ciertamente, se trata de un tema al que no ha sido ajeno nuestro legislador en el pasado, ya que la reforma de la LETT de 1999 se preocupó especialmente por la perspectiva de la igualdad retributiva¹⁵, hasta el punto que dicha igualdad entre trabajadores cedidos y trabajadores de plantilla de la empresa usuaria ya estaba garantizada en el art. 11 LETT¹⁶. En este punto, el actual art. 11 LETT, cuya redacción vigente es casi una trascripción literal del art. 3 de la Directiva 2008/104/CE, ha venido a mejorar y aclarar determinados aspectos

¹⁵ Vid. Luján Alcaraz, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, en *Aranzadi Social*, núm. 20, 2008 (BIB 2008\3078), p. 5.

¹⁶ Nada que ver, pues, con los primeros momentos de aplicación de la LETT/1994. Hasta la reforma de 1999, era posible pagar a los trabajadores en misión una retribución inferior a la prevista en el convenio colectivo aplicable a la ETT en comparación a la efectivamente percibida por los trabajadores de la empresa usuaria. Ciertamente, este era un aspecto esencial de precariedad y suponía un presupuesto que impulsaba claramente el recurso a las ETT. Ello se debía al evidente abaratamiento de los costes laborales para las empresas usuarias. La Ley 29/1999 de reforma de la LETT/1994, en materia de equiparación salarial, contempló el derecho a percibir, como mínimo, la retribución total prevista en el convenio colectivo de la empresa usuaria para su puesto de trabajo calculada por unidad de tiempo. Vid. Escudero Rodríguez, R. - Mercader Uguina, J.R., “La Ley 29/1999 sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino (I y II)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 10 y 11, 2000, p. 37.

tos relativos a la aplicación efectiva de la equiparación salarial, objetivo por cierto en el que se avanzó considerablemente en la propia negociación colectiva del sector de ETT¹⁷.

La equiparación salarial es un tema central en la propia organización del régimen jurídico de las ETT y ello da lugar a diferencias significativas entre los diferentes sistemas. De este modo, existe claras divergencias entre aquellos sistemas jurídicos en los que el principio de igualdad salarial no está garantizado legalmente, de aquellos otros donde existe una regulación intervencionista, que reconoce un estatuto salarial mínimo al trabajador en misión. Ciertamente, en estos sistemas el recurso a las ETT no supone una medida de gestión ordinaria y regular, sino que se presenta solamente como una opción de ajustes puntuales y de respuesta a circunstancias sobrevenidas¹⁸.

En la reforma laboral de 2010, se volvió a insistir en el reforzamiento de la paridad retributiva con el fin de avanzar en el objetivo de unas retribuciones del trabajador cedido, por igual trabajo, que no sean inferiores a las que perciben un trabajador de la empresa usuaria. Sin duda, este objetivo es esencial desde el punto de vista de la compensación de intereses y, sobre todo, como medida de reacción ante la ampliación de los márgenes de actuación de las ETT. Sin duda, su ámbito de funcional se ha sobredimensionado aún más con la reforma de 2012, convirtiendo

¹⁷ En este sentido, es preciso destacar la proyección del art. 32 del V convenio estatal de ETT, que venía a desarrollar el principio de equiparación retributiva especificando que el salario “comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, de la empresa usuaria vinculadas al puesto de trabajo”. Asimismo, “los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a percibir los atrasos generados por la negociación colectiva de las empresas usuarias en los mismos términos que los trabajadores de éstas y, de no ser ello posible, en el mes siguiente al de la publicación del Convenio o firma del Acuerdo correspondiente”. Por otra parte, se indicaba que “los trabajadores que hubieran finalizado la prestación de servicios, tendrán derecho a percibir dichos atrasos siempre que hubieran prestado servicios en la usuaria durante el tiempo de vigencia de los convenios, acuerdos o pactos colectivos de aplicación, sin que, a estos efectos, tenga carácter liberatorio para el empresario el recibo del saldo y finiquito firmado, en su caso, por el trabajador. El abono de los atrasos, en este caso, se realizará en un periodo no superior a tres meses desde la publicación o firma de aquéllos”. En relación a otros aspectos retributivos abordados por la negociación colectiva. Vid. Soler Arrebola, J.A., “La negociación colectiva en la reforma de 2010: su incidencia en las empresas de trabajo temporal”, en *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, pp. 136-ss.

¹⁸ En este sentido, podemos comparar países como Estados Unidos o Australia donde la completa liberalización y la ausencia de garantía de equiparación salarial siguen haciendo al modelo de ETT como una opción de reducción de costes laborales. En cambio, en Alemania, que si cuenta con un sistema de regulación en clave de flexiseguridad y con un claro contenido protector se ve el recurso a la ETT más como un opción a corto plazo que como un instrumento estratégico de gestión empresarial. Vid. Torrents Margalef, J., “Reforma laboral, empresas de trabajo temporal y flexiseguridad: tres elementos de difícil combinación”, *loc. cit.*, pp. 508-509, con cita a Miltacher, L.W., “The role of Temporary Agency Work in different Industrial Relations systems —a comparison between Germany and the USA”, en *British Journal of industrial Relations*, núm. 45, 2007, p. 601.

a las ETT en una realidad empresarial multiforme. El avance en el estatuto de los trabajadores en misión evita la precarización de las plantilla y, a su vez, aumenta las garantías especialmente salariales.

El refuerzo de la equiparación salarial impide que las empresas recurran a las ETT en detrimento de la contratación estable, ya que las condiciones serán equiparables y, además, tendrán que soportar el sobrecoste de la cesión temporal inherente al contrato de puesta a disposición. En efecto, ello está en contradicción con el coste económico y la competitividad de las ETT, que tendrían que ajustar los costes de sus servicios. Originariamente, dicho ajuste era viable en la medida en que sus trabajadores podían cobrar menos que si fuesen contratados directamente por la empresa usuaria y esa diferencia justificaba el beneficio de la ETT y una idea de competitividad injusta. Como dijimos, este dato explica la necesidad de las ETT de demandar un contenido funcional más amplio a la tradicional cesión temporal de trabajadores, buscando una nueva posición en el mercado de trabajo como empresas integrales de empleo, papel éste confirmado finalmente por la reforma laboral de 2012.

Efectivamente, se intenta que el empleo temporal en misión sea retribuido en igualdad de condiciones, removiendo los posibles obstáculos que impidan que el trabajador cedido pueda percibir una retribución inferior en comparación a un empleado de plantilla de la empresa usuaria. Ello permite avanzar sensiblemente en la consecución de mayores cuotas de calidad en el empleo temporal. Ciertamente, otra perspectiva es la relativa a los trabajadores de las ETT que tengan una relación estable y cuya actividad laboral tiene que gestionar las ETT evitando los períodos de vacío entre misiones. Este tema no ha sido abordado en nuestro país con motivo del proceso de reformas laborales. Evidentemente, ello se debe a que el modelo de ETT español se centra generalmente en la gestión de trabajo temporal con escasa cualificación profesional. No obstante, cabe recordar que la propia Directiva 2008/104/CE permite que el trabajador en misión tenga una retribución inferior a la recibida por un trabajador contratado directamente por una empresa usuaria en los casos en que la relación con la ETT sea de carácter indefinido y el trabajador pueda ser

retribuido en los períodos entre misión (art. 5.2)¹⁹. Nuestra legislación no ha acogido esta posible excepción, ya que se trata de un modelo que no se aplica en la práctica. Con todo, esta omisión tiene como consecuencia en cualquier caso que la igualdad retributiva se predicará de forma extensiva y con independencia del tipo de contrato indefinido o temporal del trabajador en misión.

Una vez más, el problema se presenta en el concepto de salario y sus elementos que lo componen. Actualmente, en material salarial, se establece una equiparación previendo que “la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones” (art. 11.1 LETT). Asimismo, conviene reseñar que es responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, por ello, la empresa usuaria deberá consignar las retribuciones del trabajador en el contrato de puesta a disposición. Junto a esta previsión legal, es preciso tener en cuenta su interpretación jurisprudencial, ya que el concepto de retribuciones tiene un alcance expansivo y su contenido es más amplio que el término legal de salario (art. 26 ET).

Ciertamente, el hecho de que las ETT tengan que abonar a sus trabajadores cedidos salarios que sean, como mínimo, equivalentes a los abonados por las empresas usuarias a sus trabajadores, supone el respeto por supuesto del salario previsto en convenio colectivo, así como los niveles salariales previstos en pactos o acuerdos de empresas a los que se ha comprometido la empresa

¹⁹ Ciertamente, una de las limitaciones al principio de igualdad la encontramos en los contratos de duración indefinida entre el trabajador y la ETT. Debido a la protección que este contrato ofrece se pueden contemplar excepciones a la regla (Considerando 15 Directiva). En el articulado de la directiva, dicha excepción se contempla en relación a la excepción temporal de la equiparación retributiva de los trabajadores cedidos (art. 5.2 Directiva 2008/104/CE). Con todo, se ha apuntado que las excepciones son de aplicación a todas las relaciones de trabajo entre las ETT y los trabajadores cedidos, siendo indiferente la relación temporal o indefinida de los contratos de trabajo. Vid. Luján Alcaraz, J., “La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal”, *loc. cit.*, pp. 13-14. En cualquier caso, la Directiva parece condicionar esta opción a la medida adoptada en los Estados y a la previa consulta con los agentes sociales. El art. 5.2 de la Directiva contempla que los Estados, después de consultar a los interlocutores sociales, pueden establecer excepciones temporales a la igualdad de remuneración para los trabajadores contratados por la ETT por tiempo indefinido durante los períodos de tiempo comprendidos entre la ejecución de dos misiones (art. 5.2 Directiva). E, igualmente, el art. 5.3 contempla que los Estados pueden ofrecer a los interlocutores sociales la posibilidad de negociar colectivamente diferencias en las condiciones de trabajo y empleo para los trabajadores en misión, respetando el nivel de protección general de los trabajadores cedidos. Asimismo, conviene recordar que según la Directiva los Estados pueden autorizar a los interlocutores sociales a que introduzcan en los convenios de trabajo entre trabajadores cedidos y trabajadores de las empresas usuarias cuando dichas diferencias sean razonables y proporcionales y siempre que sean justificadas.

usuaria²⁰. E igualmente, la empresa usuaria se encontrará vinculada por las decisiones empresariales de mejora de las condiciones de trabajo, cuando estos compromisos tengan carácter colectivo y afecten con carácter general al conjunto de la plantilla o a grupos de trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria. Es decir, la garantía de equiparación salarial se proyecta igualmente sobre las decisiones empresariales que supongan auténticas condiciones más beneficiosas de naturaleza colectiva²¹.

Sin duda, son evidentes los supuestos conflictivos que en la práctica han afectado a la aplicación efectiva del principio de paridad salarial²². En relación al salario base, conviene indicar que legalmente no se prevé una garantía que suponga una obligación salarial concreta y ello no permite determinar con rigor las partidas salariales que deben formar parte del mismo en aplicación del art. 11.1 LETT. En cualquier caso, y siguiendo la doctrina jurisprudencial del TS, en caso de dudas de interpretación habrá que estar a la interpretación más favorable a la equiparación salarial de los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria²³. En un primer momento, el RD-Ley 10/2010 preveía que los trabajadores en misión tenían derecho, a efectos de salario base, a percibir durante los períodos de servicio en una empresa usuaria, al menos, la retribución total establecida, por unidad de tiempo, para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo a aquella. En comparación con la normativa comunitaria, esta referencia a la expresión de unidad de tiempo resulta un

²⁰ La remuneración no se limita solamente a los convenios colectivos estatutarios, sino que también alcanza a los convenios extraestatutarios, pactos y acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa. Vid. STS (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009/620). Esta interpretación sobre el alcance de las fuentes de ordenación salarial también se encontraba ya prevista en el art. 32 del V convenio colectivo estatal de ETT. Por otro lado, igualmente se garantizan las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo, aunque se ha discutido doctrinalmente si ello alcanza a las condiciones más beneficiosas concedidas unilateralmente por el empresario. Éstas resultarían excluidas, siempre que no tengan naturaleza colectiva, ya que ello impediría su proyección a efectos de exigibilidad.

²¹ Los complementos salariales *ad personam*, es decir, las retribuciones pactadas en un contrato de trabajo o las mejoras salariales individuales no estarían dentro de la retribución mínima garantiza. Y ello a pesar de que se encuentren vinculadas con el desempeño de un puesto de trabajo. Si no se conceden con efectos generales, sino meramente a título individual, se impide su extensión a los trabajadores cedidos. Este efecto, ya se contemplaba en el art. 31 del convenio colectivo de ETT, cuando se trata de complementos no vinculados al puesto de trabajo.

²² Sobre los problemas relativos a la extensión del principio de igualdad de trato en materia salarial. Vid. Fernández López, M^a.F. - Rodríguez-Piñero Royo, M.C. - Calvo Gallego, F.J., *Diez años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal: balance y perspectivas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, pp. 173-188. Molero Marañón, M^a.L. - Valdés Dal-Ré, F., *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, La Ley, Madrid, 2009.

²³ Por tanto, a efectos de aplicar el concepto de retribución total, debemos decir que tenemos que incluir la interpretación extensiva realizada por el TS, que ya ha venido impulsando el principio de igualdad de trato. Vid. SSTS (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009/620) y de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007/1815).

índice de mayor protección, ya que dicha cautela no se contempla en el texto comunitario. Posteriormente, la Ley 35/2010 no contempló la idea de unidad de tiempo, posiblemente al ser una expresión que puede dar lugar a conflictos de interpretación sobre los conceptos salariales que se puede computar a tenor de esta expresión. Asimismo, uno de los aspectos más problemáticos es, sin duda, la proyección de las retribuciones variables. Debido a la naturaleza de estas prestaciones existen aún dificultades de conseguir una equiparación efectiva, debido al hándicap de la naturaleza temporal de los contratos y, en general, debido a la brevedad de las cesiones temporales. Ello impide computar dichos complementos salariales, que tienen un período de devengo que supera generalmente el término de duración de los contratos de puesta a disposición.

En relación a los complementos vinculados al puesto de trabajo, la contraprestación económica está conectada con el puesto al que se adscribe el trabajador y por el tiempo de ejercicio de la prestación laboral. Ello supone que estos complementos se pagarán de manera proporcional al tiempo trabajado y, precisamente, en este punto surge el inevitable problema práctico de su cuantificación en función del caso concreto, así como sus efectos perjudiciales para los trabajadores cedidos cuando los períodos de misión sean de breve duración. Se trata de un supuesto que afectará igualmente a complementos de puesto de trabajo, complementos por cantidad y calidad del trabajo, incluyéndose primas e incentivos, los pluses de actividad, asistencia y asiduidad y, en su caso, las horas extraordinarias. Y de igual modo, debido a la conexión con el puesto de trabajo o con la actividad laboral tendremos en cuenta los complementos de penosidad, toxicidad, suciedad, turnicidad y trabajos nocturnos. Asimismo, los complementos vinculados a los resultados de las empresas son un problema en la práctica y la solución depende del caso concreto. Ello afecta a complementos como las primas de productividad, la participación en beneficios o las opciones sobre acciones. Los problemas aplicativos son evidentes, ya que se trata de partidas salariales que se devengan generalmente en cómputo anual, lo cual impide en muchos casos su aplicación directa e inmediata a las relaciones temporales de breve duración anejas a los contratos de puesta a disposición. Sin duda, se trata de supuestos conflictivos en la práctica, de suma complejidad, que plantean problemas interpretativos desde la óptica de la garantía del principio de igualdad de trato a efectos salariales.

Actualmente, el avance se ha producido en relación a determinadas partidas extrasalariales que entrarían dentro del principio de igualdad. Nos estamos refiriendo a supuestos como indemnizaciones y suplidos de gastos del trabajo. Se trata de partidas que no encajan en el concepto de salario, pero que se reconocen a efectos de compensar los gastos realizados por el trabajo con motivo de la prestación de servicios -por ejemplo, una ayuda alimentaria estaría comprendida en la equipara-

ción salarial²⁴. De este modo, la empresa debería compensar a los trabajadores en misión por los gastos derivados del trabajo y, por tanto, se incluirían en la garantía salarial el plus transporte o las dietas, o una compensación económica por herramientas, uniforme, desgaste de maquinaria (art. 11 LETT)²⁵. En cambio, se dejan fuera a efectos salariales las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la acción social de la empresa y los complementos por incapacidad temporal, así como las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Las mejoras voluntarias, en concreto las concedidas unilateralmente por el empresario a sus trabajadores, no tienen que ser extendidas a los trabajadores cedidos al no estar relacionadas con el puesto de trabajo y ello no supone efectivamente una práctica discriminatoria²⁶.

5. PROBLEMAS RELATIVOS AL MODELO DE CONTRATACIÓN LABORAL: EL IMPACTO DE LOS INTENTOS DE REDUCIR LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Las ETT se presentan como una alternativa que permite un margen de gestión flexible de la plantilla con efectos directos en el volumen de empleo de las empresas²⁷. El recurso al contrato de puesta a disposición con una ETT se muestra como una medida de flexibilidad externa, cuyo fin es ajustar la plantilla en momentos puntuales. De este modo, las ETT se utilizan como un recurso de fomento del empleo en virtud del desarrollo de fórmulas flexibles de trabajo. El estímulo de las contrataciones mediante los contratos de puesta a disposición con las ETT afecta igualmente a uno de los objetivos esenciales de las reformas laborales de 2010 y 2012, que no es otro que la reducción de la dualidad del mercado de trabajo, a través del impulso a la creación del empleo estable y de calidad. Ciertamente, el aumento del recurso flexible a las ETT

²⁴ La línea extensiva de los conceptos salariales incluidos dentro de las retribuciones fue interpretado de forma amplia por la STS (Social) de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815), incluyendo una compensación por ayuda alimentaria, ya que se entendía que la obligación de la empresa se extendía a las partidas extrasalariales. Concretamente, a las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral". Vid. SSTs (Social) de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815) y de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004\3741).

²⁵ En este mismo, sentido se pronunciaba ya el art. 24 del convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal que extendía la garantía salarial a las dietas u otros conceptos extrasalariales.

²⁶ Como ya hemos indicado, estas mejoras *ad personam* quedarían al margen de la garantía de un igual salario, ya que se trataría de acuerdos o pactos individuales que contemplan mejoras individuales, como ya vino a reconocer el art. 31. del convenio colectivo estatal de ETT.

²⁷ Las ETT constituyen actualmente un mecanismo que facilita la externalización del trabajo y permite nuevas formas de gestión y organización del trabajo en el seno de las empresas. Vid. Monereo Pérez, J.L. - Moreno Vida, M^a.N., "Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pp. 39-65.

estimula irremediablemente el número de contrataciones temporales y ello tiene efectos en relación a la calidad del empleo y la precariedad laboral. Esto supone que las empresas usuarias encuentran en las ETT un mecanismo que concede un margen de gestión flexible de los recursos humanos. En este sentido, sería preciso resaltar que el recurso a las ETT debería utilizarse como una medida atípica de gestión de plantillas, a efectos de atender las necesidades derivadas del trabajo, y no como una estrategia ordinaria de la empresa de reducción de costes laborales²⁸. Precisamente, uno de los objetivos de la reforma laboral 2012, al permitir a las ETT actuar como agencias de colocación, es potenciar la intermediación laboral de la contratación temporal gestionada por las ETT, que basan tradicionalmente su actividad en la gestión de la temporalidad.

Las reformas laborales se han preocupado de modificar el régimen de la contratación laboral temporal con el fin de reducir la dualidad del mercado de trabajo, mediante el estímulo a la creación de empleo estable y de calidad. Sin duda, este es uno de los ámbitos normativos que confirma la idea de que los cambios producidos en el régimen de las ETT no forman parte de una reforma autónoma, sino que están estrechamente conectados con el conjunto de las medidas de adaptación del mercado de trabajo aplicadas por la últimas reformas laborales. En este contexto, la contratación indefinida debería experimentar un crecimiento más equilibrado y sostenible, que hasta ahora no se ha producido. El propósito de la reducción de la temporalidad y de la dualidad del mercado de trabajo se potencia mediante el fomento de la contratación indefinida. Efectivamente, el endurecimiento de las condiciones del recurso a la contratación temporal no es más que una clara apuesta por el trabajo indefinido de calidad, aunque ciertamente, se trata de un objetivo que no se ha traducido en resultados específicos en relación a la reducción del desempleo y no se presenta como un modelo que permita corregir la actual crisis del empleo. Ello contrasta evidentemente con el tipo de empleo que gestionan las ETT de naturaleza esencialmente temporal y aún hoy existen márgenes importantes de precariedad, que no están en sintonía

²⁸ El modelo de gestión empresarial competitiva descansa sobre la reducción de costes y se convierte en un mecanismo básico de la estrategia empresarial, que conecta el abaratamiento de los costes de personal y la precarización de las condiciones de trabajo. Vid. Moreno Vida, M.N., "Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal", en *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico* (Dir. Monereo Perez), Comares, Granada, 2010, p. 140.

con el propósito de las reformas del fomento del trabajo estable de calidad²⁹.

El objetivo esencial en lo relativo a las ETT es potenciar su ámbito de actuación, implantando un régimen de contratación temporal con mayores dosis de calidad del empleo, como vía para fomentar el recurso de las empresas a las ETT. En relación a la contratación temporal, uno de los aspectos más importantes a destacar ha sido la limitación temporal al contrato de obra o servicio determinado (art. 15.1.a ET). Con la reforma laboral de 2010, su duración no será superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial, sin posibilidad de prórroga, ya que en caso contrario los trabajadores adquieren la condición de fijos en la empresa. La duración del contrato viene dada por la propia duración de la obra o del servicio contratado, hasta el límite temporal máximo contemplado legalmente, es decir, los tres años legalmente o cuatro años por previsión en convenio colectivo sectorial. En efecto, no podrá existir obra o servicio que tenga una extensión temporal que supere el máximo legal o convencional. Se trata, sin duda, de una medida que afecta irremediabilmente al ámbito de las ETT, ya que viene a limitar el recurso a la contratación temporal, aunque dicha regla afecte a la propia naturaleza y a la causalidad del contrato. No debemos olvidar que se trata de una modalidad contractual de duración incierta en el tiempo ligada a la realización de la obra o el servicio contratado³⁰. Ciertamente, dicha limitación fue una reacción a la amplia interpretación judicial del alcance práctico de la duración del contrato. La limitación máxima del contrato de obra o servicio se prevé, pues, como una clara medida de reacción ante la admisión en nuestra jurisprudencia del recurso al contrato de obra o servicio determinado en trabajos de carácter incluso permanentes en los supuestos de desarrollo en régimen de concesión o contrata de servicios³¹.

²⁹ Evidentemente, el estímulo del trabajo estable es una respuesta a la alta tasa de temporalidad laboral de nuestro mercado de trabajo, que representa en nuestro país un veinticinco por ciento del volumen de trabajadores por cuenta ajena. Se trata, ciertamente, de una característica propia de nuestro país que se aleja del estándar europeo, donde no se aprecia con tanta intensidad dicha segmentación entre trabajadores fijos y temporales. Por otro lado, es indudable que la rigidez o flexibilidad en la contratación temporal repercute directamente en el recurso a las ETT. Vid. Cabeza Pereiro, J. - Ballester Pastor, M^a.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, op. cit., p. 3. Vid. García Fernández, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (1)”, en *Actualidad laboral*, núm. 1, 1996, p. 28.

³⁰ Así pues, se ha apuntado que técnicamente dicho límite temporal se introduce “al precio no menor de abundar en la desnaturalización del contrato, quizás reafirmar la causalidad en este tipo contractual hubiera sido un expediente técnicamente más adecuado”. Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, núm. 5, T.1 2010, p. 6.

³¹ La jurisprudencia ha entendido la procedencia del contrato de obra o servicio determinado en actividades permanentes de contrata o concesión, ya que lo relevante en estos casos es la naturaleza temporal o meramente coyuntural de la actividad desarrollada para el contratista o concesionario. Vid. SSTS (Social) de 17 de junio de 2008 (JUR 2008\232460) y de 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4449).

Otro de los cambios sustanciales que se ha proyectado sobre las ETT ha sido la limitación al encadenamiento de los contratos temporales. El art. 15.5 ET, introducido por la reforma realizada en 2006, contempló la prohibición al encadenamiento de los contratos temporales en un período de treinta meses cuando los trabajadores hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses. La superación de este umbral objetivo previsto legalmente suponía la automática adquisición de la fijeza. En un primer momento dicha reforma alteró las condiciones que permitían la fijeza en plantilla, ya que la regulación ordinaria daba escaso juego a la prohibición del encadenamiento. Posteriormente, la reforma de 2010 vino a alterar su regulación ampliando la exigencia de la limitación del encadenamiento para un mismo o diferente puesto de trabajo, potenciando, pues, la proyección del art. 15.5 ET. Igualmente, se contemplaba la posibilidad de que las contrataciones se realizaran en la misma empresa o en el grupo de empresas. E, igualmente, el límite legal se aplicaría en los supuestos de sucesión o subrogación empresarial. Es decir, se trata de medidas de refuerzo de la prohibición de encadenamiento que posteriormente han sido suspendidas temporalmente en 2011 con el fin de estimular las contrataciones temporales ante las elevadas tasas de desempleo. Por su parte, la reforma laboral de 2012 ha previsto la recuperación de la prohibición de encadenar contratos temporales a partir del 31 de diciembre de 2012 (art. 17 RDL 3/2012).

Sin duda, tanto la limitación de la contratación temporal, así como la reducción objetiva del encadenamiento de los contratos temporales operan como medidas de contrapeso y en clara contrapartida a la apertura de las ETT y a los ajustes realizados en materia de modificación y extinción del contrato de trabajo en las reformas laborales. Evidentemente, se trata de medidas restrictivas a la contratación temporal que se proyectan directamente como límites inevitables al recurso a las ETT y ello debido a la estrecha conexión legal entre el contrato de puesta a disposición y los contratos temporales estructurales, que son instrumentos que habilitan el recurso a las ETT. Precisamente, las últimas reformas laborales no han modificado el art. 6.2 de la LETT, que contempla los supuestos a los que se puede recurrir al contrato de puesta a disposición para satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria (obras o servicio determinado, exigencias circunstanciales del mercado de trabajo, sustitución de trabajadores). Esto nos aproxima al art. 15 ET relativo a los contratos temporales estructurales, que sí han sido reformados, especialmente por la reforma laboral de 2010. Los cambios en el art. 15 ET afectan efectivamente a las ETT, aunque no se haya reformado el art. 6 LETT debido a la inevitable relación

entre el contrato de puesta a disposición y los contratos temporales³². Es decir, existe una correlación entre las causas justificativas del contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa usuaria y la ETT y las causas justificativas del contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador. Y ello a pesar de que el contrato de puesta a disposición es una relación mercantil entre las empresas y el contrato de trabajo una relación laboral, pero no tiene necesariamente que existir una conexión causal si la ley no lo dispone expresamente. Con todo, no cabe duda que actualmente existe una conexión temporal entre el contrato de puesta a disposición y el contrato laboral que permite la cesión, puesto que generalmente la duración del contrato de trabajo tiene una duración temporal (aunque podría ser ciertamente indefinida), coincidente generalmente con la duración del contrato de puesta a disposición³³.

Por su parte, el RDL 3/2012 en materia de contratación se ha centrado en el nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y en la reforma del contrato para la formación y el aprendizaje. A primera vista parecería que ello no tienen proyección sobre el régimen de las ETT, sin embargo, la introducción del nuevo contrato fijo de apoyo a los emprendedores se ha visto por la patronal de ETT como una modalidad contractual sumamente flexible, que permite a las empresas de menos de cincuenta trabajadores eludir el recurso

³² Desde este punto de vista, ya se apuntaba que existen dos formas de conectar los contratos de trabajo de duración determinada que justifican las cesiones temporales y los contratos de puesta a disposición, esto es, la conexión causal y la conexión temporal. Vid. Del Rey Guanter, S. – Leal Peralvo, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, en *Relaciones Laborales*, T.I, 1996, pp. 147-148. Y ello debido a que a cada contrato de cesión temporal de duración determinada le corresponde un contrato de puesta a disposición, y en este sentido la conexión causal ha sido tradicionalmente la acogida por la legislación laboral, produciéndose una identidad causal entre el supuesto justificativo del contrato a disposición y el supuesto justificativo del contrato de cesión temporal de duración determinada. La relación que la LETT entabla entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo de cesión es exclusivamente temporal, e igualmente hay una relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada. A favor de la relación causal. Vid. STS (Social) de 4 febrero de 1999 (RJ1999\1587). STSJ Andalucía-Granada de 22 de octubre de 2008 (AS 2009\67). El contrato de trabajo para prestar servicios en empresas usuarias no puede ser un instrumento para alterar el régimen general de contratación temporal, sino que solamente permite traspasar la temporalidad de la contratación de la empresa usuaria a la ETT.

³³ No siempre que se puede acudir a la contratación temporal ello supone que se pueda usar el contrato de puesta a disposición. Vid. STS (Social) 3 de junio de 1996 (RJ 1996\4873). STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2001 (JUR 2002\52105). La Ley 29/1999 supuso un cambio frontal, ya que el art. 6.2 LETT solamente permite celebrar los contratos de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría recurrir a un contrato temporal por aplicación del art. 15 ET. Y, por si fuera poco, el art. 7.1 LETT en 1999 introduce que en materia de su duración se estaría a lo dispuesto en el art. 15 del ET.

a los contratos temporales estructurales, al contemplarse la posibilidad de un período de prueba de hasta un año. Sin duda, ello se muestra como una medida que afectaría ineludiblemente al margen de acción de las ETT en su labor de cesión temporal de trabajadores.

Las ETT gestionan en la práctica un gran volumen de empleo temporal, dando un apoyo a las empresas que no encuentran una respuesta eficaz en los servicios públicos de empleo en lo que se refiere a la colocación. Es decir, se presentan como una estructura empresarial, cuya organización permite atender necesidades estructurales de las empresas en la gestión de sus recursos humanos. Y, sin duda, las reformas operadas insisten en potenciar a las ETT como instrumento estable que permite dar cobertura al trabajo temporal demandado por las empresas clientes en virtud del mecanismo flexible de las cesiones temporales y ahora, con la reforma 2012, mediante la asunción del papel de agencia de colocación retribuidas. Igualmente, debemos destacar que la reducción de las restricciones al recurso de las ETT tiene como finalidad la creación de empleo mediante la contratación temporal. Se trata, pues, de una opción de política de empleo, que sin embargo se aleja del objetivo esencial de las reformas, dirigidas al fomento de la contratación indefinida y al mantenimiento del empleo. Con todo, es preciso indicar que la ampliación del ámbito de actuación de las ETT afecta irremediablemente a las contrataciones estables de las empresas, ya que en tiempos de crisis esta vía de contratación flexible puede afectar a las tareas y actividades permanentes cubiertas por contratos indefinidos³⁴.

En relación a la limitación de la precariedad y a la garantía de vías de consecución de la estabilidad en el empleo encontramos la delimitación de la resolución del contrato de trabajo temporal y la conversión de la relación laboral en indefinida. En este sentido, el art. 49.1.c) ET prevé como causa de resolución contractual la realización de la obra o servicio determinado o la duración pactada, salvo en los supuestos en los que se supere el límite legal temporal de referencia, así como si se siguen prestando servicios a pesar de la finalización de la obra o del servicio. En estos casos, si se continúa trabajando, se producirá la conversión automática del contrato temporal en indefinido.

Por su parte, la indemnización por finalización de los contratos de obra o servicio determinados y eventuales por circunstancias de la producción se ha mantenido en iguales términos, ya que si bien es cierto que la reforma laboral de 2010 mejoró la indemnización de ocho a doce días de indemnización por año de servicio —que será efectiva el 1 de enero de 2015 (arts. 1.5 y 7 Ley

³⁴ Sobre la repercusión de un mayor margen de acción del contrato de disposición en las actividades laborales dirigidas preferentemente a las contrataciones indefinidas. Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 21, (formato electrónico), p. 11.

35/2010, actuales art. 49.1.c ET)—, es preciso indicar que ya el art. 11.2 LETT contemplaba la indemnización de doce días por año servicio en los casos de fin de contrato temporal suscritos por las ETT, pudiéndose prorratear durante la vigencia del contrato de trabajo, y que ya se encontraba igualmente incorporada en la negociación colectiva del sector. Dicha indemnización de doce días no excluye efectivamente la posible mejora en la negociación colectiva, que puede contemplar sistemas de cálculo indemnizatorio distintos y superiores, como por ejemplo, se ha producido en el contrato de obra o servicio determinado aplicable en el sector de la construcción. Por tanto, la mejora de la indemnización por fin de contrato alcanzada en el ámbito de las ETT, cuyo fundamento residía en la precariedad inherente a la propia dinámica de la relación de trabajo triangular, se ha extendido y equiparado a las indemnizaciones de la contratación temporal directa. Asimismo, ello supone ciertamente un estímulo al recurso a las ETT, en la medida en que la equiparación de la indemnización iguala los costes de resolución contractual. Ello permite que el contrato de puesta a disposición no se presente como un coste adicional fijo que desincentive la gestión del trabajo temporal con cargo a una ETT en beneficio de la contratación temporal directa.

Finalmente, en materia de contratación laboral, es preciso indicar que el proceso de reformas laborales derivado de la crisis económica se ha preocupado de regular exclusivamente las cuestiones relativas a los derechos de los trabajadores en misión durante las cesiones y las obligaciones que corresponden a las ETT y a las empresas usuarias, pero no aborda el tema de los derechos de los trabajadores en los períodos entre misiones. Efectivamente, se trata de intervalos temporales en los que los trabajadores, si son contratados indefinidamente por la ETT, pueden seguir vinculados a la ETT, y dicha omisión ratifica que el modelo de contratación que gestionan las ETT españolas es esencialmente de naturaleza temporal. Evidentemente, sería deseable fomentar las previsiones que animen a conseguir unas vinculaciones más estables con las ETT, aspecto éste decisivo para poder afrontar una promoción profesional y asegurar una formación profesional adecuada que haga al trabajador competitivo en el mercado de trabajo. Por tanto, se trataría de dar más condiciones de seguridad, más allá de los períodos de misión.

6. LAS CONDICIONES DE ACCESO AL EMPLEO EN LAS EMPRESAS USUARIAS: EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LAS VACANTES

La configuración de la garantía de acceso al empleo indefinido en las empresas usuarias se ha acogido en nuestro sistema realizando una transposición literal de la Directiva 2008/104/CE. En este punto, la empresa deberá informar

a los trabajadores cedidos por las ETT sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceso a los puestos permanentes que tienen los trabajadores contratados directamente por las empresas usuarias (art. 17.3 LETT). Esta regla tiene como objetivo generar las mismas oportunidades de acceso a la estabilidad en el empleo que tienen garantizadas los trabajadores propios de la empresa usuaria. Estamos, pues, ante otra manifestación del principio de igualdad de oportunidades de los trabajadores cedidos y se acoge una previsión que rige para los trabajadores temporales con carácter general en el art. 15.7 ET. Aunque en este punto es preciso decir que no se contempla un derecho de preferencia en la contratación en beneficio de los trabajadores cedidos, sino solamente la necesidad de procedimentalizar un cauce informativo en el seno de la empresa. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, como indica la Directiva, o bien mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información” (art. 17.3 LETT y art. 6.1 Directiva 2008/104/CE). Ello significa que la comunicación no tiene que ser individualizada. El incumplimiento de esta obligación informativa de la empresa usuaria se tipifica legalmente como una infracción de carácter grave [art. 19.2.) LISOS].

Por tanto, la empresa usuaria está obligada a comunicar cualquier vacante producida en cualquier de los centros de trabajo de la empresa, ya sean puestos temporales o fijos. Efectivamente, se tendría que comunicar la misma información a los trabajadores directos como en misión, ya que el contenido de dicha información se delimita de forma genérica y no tiene un contenido personal, ni individual ni colectivo (art. 15.7 ET y 17.3 LETT). No hay preferencias en el empleo, sino que prima la paridad de trato de los trabajadores directos y en misión. Se ha positivizado un derecho de los trabajadores cedidos a ser informados de los puestos vacantes existentes en el empresa usuaria, garantizando las mismas oportunidades que los demás trabajadores de la citada empresa a obtener un empleo. En nuestro caso, la mejora respecto del modelo comunitario es significativa, ya que este derecho a la información sobre los puestos vacantes no se refiere sólo a la contratación indefinida (art. 6 Directiva 2008/104/CE), sino que se contempla la exigencia de comunicación respecto de las vacantes relativas a la contratación temporal directa.

7. LA PROMOCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL: GARANTÍA DE EMPLEABILIDAD

La formación profesional se presenta como un factor esencial, que garantiza las posibilidades de empleabilidad de los trabajadores. La propia Directiva

2008/104/CE prevé que en materia de acceso a la formación los Estados tienen que adoptar medidas, muy especialmente en el ámbito de la negociación colectiva, fomentando acuerdos colectivos dirigidos a la mejora del acceso de los trabajadores cedidos a la formación. Tanto las empresas usuarias como en las ETT están llamadas a estimular el desarrollo de las carreras profesionales de los trabajadores en misión, así como mejorar sus aptitudes para el empleo (art. 6.5).

El art. 17.4 LETT, en su versión de la Ley 35/2010, contempla las garantías de acceso a la formación profesional en la empresa usuaria y ha venido a mejorar en clave de igualdad las posibilidades de acceso a la misma por parte de los trabajadores en misión, lo cual permite reducir una faceta de la precariedad inherente a la cesión temporal. Estas referencias a la formación se refieren de forma general a una formación profesional adecuada y a una formación en el puesto de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales. Ciertamente, se trata de una medida positiva que apuesta por un sistema de ETT competitiva que tenga en cuenta el factor humano. Con todo, el contenido del art. 17.4 LETT contiene un derecho cuya proyección práctica dependerá de su desarrollo correspondiente en la negociación colectiva. Ello supone invertir profesionalmente con vistas a fomentar un perfil de trabajador adecuadamente formado y especializado que permitan a la ETT ofrecer un servicio de calidad. De este modo, la empresa usuaria tendría el mismo resultado que si contratara directamente en el mercado y no reducirá su grado de competitividad. Asimismo, conviene tener en cuenta que en nuestra legislación se contempla la obligación de las ETT de dotar anualmente el 1 por 100 de su masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos³⁵, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación legal de cotizar por formación profesional, y que los trabajadores accedan a los servicios comunes de la empresa usuaria durante la misión (art. 12 y 17 LETT).

Debido a la transposición de la Directiva se han mejorado las condiciones de acceso de los trabajadores cedidos por las ETT a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias. Nuestra legislación contempla que durante los períodos de misión el trabajador cedido tendría derecho a acceder a las acciones formativas desarrolladas en la empresa usuaria. Igualmente, las ETT están llamadas a desarrollar estas obligaciones formativas, lógicamente respecto de sus trabajadores fijos sometidos a cesiones temporales durante

³⁵ Efectivamente, se trata de una medida que ya se contemplaba en el art. 12.2 LETT/1994, por lo cual la necesidad de destinar anualmente más del 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores en misión era una medida de garantía previa a la reforma laboral de 2010. Con todo, esta medida se mejoró en la propia negociación colectiva del sector, incrementando en un 0,25 por 100 la cantidad destinada a formación respecto de la masa salarial (art. 49 V convenio colectivo nacional ETT)

los períodos de vacío temporal. Esta medida podría igualmente proyectarse respecto de sus trabajadores temporales con los que tienen una vinculación prologada en el tiempo. Ciertamente, estos empleados tendrían igualmente un interés y una expectativa legítima de formación, siendo igualmente conveniente el acceso a dichas acciones formativas en tanto en cuanto tiene una vinculación prolongada con las ETT, presentándose como un recurso fijo discontinúo cuando surge un servicio empresarial demandado.

En este mismo sentido, y a efectos formativos, igualmente sobre la ETT recae la obligación de proporcionar al trabajador la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales, necesaria para el puesto de trabajo que el trabajador ocupará durante los períodos de misión (art. 12 LETT). Se trata de una obligación referida a las ETT, sin que la Ley entre a abordar un contenido mínimo formativo por parte de las empresas usuarias³⁶. La obligación de formación en materia preventiva se contempla en el art. 28.5 LPRL y corresponde su cumplimiento a la ETT³⁷. La empresa usuaria no está obligada a dar formación, aunque si es responsable de la falta de formación preventiva. La obligación le corresponde a la ETT y la EU debe comprobar que la formación es suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo y en función de la calificación y experiencia profesional del trabajador³⁸. Sin duda, el carácter breve de la relación temporal conlleva problemas de ofrecer una adecuada formación en materia preventiva en relación a los riesgos presentes en la relación laboral. Esto implica la necesidad de adaptar el deber de información existente entre la empresa usuaria y la ETT (art. 28.5 LPRL), máxime si tenemos en cuenta la baja cualificación de los trabajadores cedidos, en muchos casos trabajadores jóvenes, y su falta de experiencia profesional. Asimismo, estas exigencias se agudizan en los supuestos en los que el trabajo tenga un contenido peligroso, que requiere una especial cualificación, así como la necesidad de conocer en determinados puestos con exposición a riesgos concretos las medidas preventivas que se caracterizan por su especial complejidad.

³⁶ El art. 3 del RD 216/1999 se pronuncia sobre el problema de cómo fomentar la formación del trabajador cedido en el puesto de trabajo y la posibilidad de incluir nuevas medidas de protección ante los riesgos laborales. Es necesario interpretar sistemáticamente, la LPRL, RD 216/1999 y el art. 17 LETT, que contempla que la empresa usuaria no solo tiene el deber de informar sobre los posibles nuevos riesgos que surjan, es decir, tiene el deber de formar a los trabajadores cedidos de la ETT, así como formar a sus trabajadores de plantilla sobre las medidas de protección y prevención.

³⁷ Esta obligación está conectada no con el deber contenido en el art. 12.2 de la Directiva 80/391/CEE de 12 de junio, directiva marco. Por tanto, se desvincularía del contenido previsto en el art. 4 de la Directiva 91/382/CEE, de 25 de junio.

³⁸ Se trata de una previsión esencial. Precisamente, en el propio sector el incremento en un 0,25 por 100 de la cantidad destinada a formación respecto de la masa salarial se vinculaba prioritariamente con la formación en materia de salud laboral (art. 49 V convenio colectivo nacional ETT).

8. LA EXTENSIÓN PROGRESIVA A OTRAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

En relación a la extensión de la protección de los trabajadores cedidos cobra especial significado la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, como derechos de ciudadanía ligados a la propia dignidad de la persona. La igualdad de trato tiene que observarse especialmente en materia de paridad entre hombres y mujeres, así como en relación a la omisión de prácticas discriminatorias basadas en la raza u origen étnico, la religión, las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual y ello con independencia de que se contemplen en ley, reglamento o pactos colectivos (art. 5.1 Directiva). Igualmente, estas medidas tienen relación directa con las Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, estas Directivas, a pesar de promover la extensión y eficacia del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, contemplan asimismo como medida excepcional la posibilidad de supuestos de trato diferente. Ello sería posible si existen razones que lo justifiquen y que estén referidas a las diferencias objetivas ligadas al contenido del trabajo, pero no en base a la naturaleza temporal de la relación temporal cesión.

Especial atención ha merecido igualmente el reconocimiento de los derechos relativos a la protección de las mujeres embarazadas o en período de lactancia, jóvenes y niños. Ya la Directiva 2008/104/CE resaltó que la cesión de trabajadores por las ETT responde no sólo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores (considerando 11). En nuestra legislación el art. 16 LETT ha venido a trasponer la directiva 2008/104/CE (art. 5.1), considerando a efectos de equiparación las medidas de conciliación contenidas no sólo legalmente, sino muy especialmente por medio de convenios y pactos colectivos³⁹. Con carácter general, se trata de medidas relacionadas con la maternidad y, en este punto, conviene reseñar que la LETT se refiere a las mujeres embarazadas de forma exclusiva, sin aludir a los padres que parecen quedar desprotegidos. Y, evidentemente, se trata de una protección que tiene que complementarse con el contenido del art. 17 ET y de la propia LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sin olvidar su propia proyección

³⁹ En este sentido, es preciso destacar que en el ámbito sectorial existe una comisión paritaria estatal que elaborará recomendaciones sobre las mejores prácticas para la elaboración de los planes de igualdad derivados de la ley de igualdad (Disp. Ad. primera del V convenio colectivo estatal de ETT).

preventiva (art. 26, 27 y 28 LPRL)⁴⁰.

Los trabajadores cedidos tienen que tener, al menos, las mismas condiciones de tiempo de trabajo que los trabajadores empleados directamente por las empresas usuarias. En la LETT no existe una regulación concreta sobre la duración de la jornada, horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos (art. 3.1.f Directiva). No obstante, la negociación colectiva ha venido introduciendo reglas tendentes a objetivar situaciones, previendo que la “la jornada de trabajo del personal puesto a disposición será la aplicable en la empresa usuaria, en función del puesto de trabajo desempeñado” (art. 33.2 del V Convenio colectivo de ETT).

Igualmente, los trabajadores en misión tienen derecho a disfrutar en condiciones de igualdad de los servicios comunes e instalaciones colectivas en las empresas usuarias. Especialmente intensa ha sido la preocupación de ampliar de los denominados beneficios sociales. El art. 17.2 LETT ha venido a incluir novedosamente actividades de comedor, guardería y otros servicios comunes. En este sentido, tanto el transporte como el uso de las instalaciones colectivas, que afecta, por ejemplo, a los comedores, cafeterías o servicios médicos⁴¹. No obstante, desde el punto de vista de la Directiva 2008/104/CE, el derecho de los trabajadores cedidos a acceder a las instalaciones o servicios comunes de la empresa usuaria en las mismas condiciones que sus trabajadores admite excepciones cuando concurren razones objetivas que lo justifique (arts. 5 y 6.4 Directiva). Ello podría abrir la vía a interpretar si esta exigencia se podría condicionar en función de las posibilidades y recursos económicos de las empresas, el tamaño de la plantilla, etc. Con carácter general, habría que deducir que esta obligación se conoce previamente por la empresa usuaria, que cuando recurre a los servicios de una ETT asume los costes económicos derivados del modelo y, por tanto, la posible excepción a la obligación empresarial tendría un margen ciertamente restrictivo.

Otros derechos de los trabajadores cedidos que han sido especialmente considerados se refieren a la prohibición del cobro a los trabajadores, que impide que las ETT puedan reclamarles el pago de los servicios derivados de la

⁴⁰ Evidentemente, el empleo de la expresión protección permite una interpretación tuitiva tanto en materia laboral, como preventiva o de Seguridad Social. Vid. Calderón Pastor, F.J., “Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, en *Información Laboral*, núm. 8, 2010, p. 6. Llano Sánchez, M., “Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, (Dir. Molero Marañón - Valdés Dal-Ré) La Ley, Las Rozas, Madrid, pp. 535-ss.

⁴¹ Este derecho a disfrutar durante la vigencia del contrato de puesta a disposición del transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria ya se contempla en el art. 6.3 y 4 de la Directiva 2008/104/CE. Igualmente, el tratamiento de mejora se contenía antes de la reforma de 2010 en el convenio colectivo estatal de ETT (art. 14.2).

gestión de su contratación en misión o por la subsiguiente contratación directa con la empresa usuaria a la hora de expirar el contrato de puesta a disposición (art. 12.4 LETT y art. 6.3 Directiva). Esta regla tiene su correspondencia con la posibilidad de las ETT de realizar las funciones de agencias de colocación retribuidas, sin que se pueda traspasar el coste del servicio al trabajador, aunque si es posible la proyección del carácter oneroso de la intermediación respecto de las empresas. Ello es consecuencia directa del Convenio 181 de la OIT, que contempla la figura de las agencias privadas con fines lucrativos, posteriormente reconocidas por la reforma laboral de 2010. Por otro lado, la Directiva 2008/104/CE contempla la nulidad de las cláusulas que impidan la contratación directa de trabajadores cedidos por parte de la empresa usuaria al finalizar el contrato de puesta a disposición (art. 6.2)⁴². Los Estados tienen que establecer los mecanismos para declarar la nulidad de las cláusulas que prohíban o impidan suscribir contratos de trabajo entre los trabajadores cedidos por las ETT y las empresas usuarias y dicha regla se encuentra transpuesta en el propio art. 7.3 de la LETT.

Respecto de la determinación de la indemnización al fin del contrato, el coste fijo asumido por el recurso a este tipo de temporalidad es de doce días de salario por año de servicio, aunque puede mejorarse por aplicación de los convenios o acuerdos. Dicha indemnización también se extiende con el fin de garantizar la igualdad de trato cuando dicha indemnización sea superior (11.2 LETT)⁴³. Igualmente, conviene señalar que la indemnización por fin de contrato puede ser prorrateada durante la vigencia del contrato (art. 17.2 Ley 35/2010)⁴⁴. En relación al contenido de la indemnización, el art. 3.5 LETT utiliza dicha referencia sin limitación de indemnizaciones, lo cual no permite excluir las indemnizaciones por despido improcedente. De este modo, igualmente se tendrá derecho a la indemnización por despido disciplinario improcedente incluidos los salarios de tramitación. La jurisprudencia social ya reco-

⁴² En este mismo sentido se pronuncia el art. 48 del V convenio colectivo estatal de ETT. Igualmente, dicho convenio prevé la posibilidad de alcanzar pactos de permanencia con las ETT con el fin de desarrollar un trabajo específico en una empresa usuaria (art. 21). Ello era una facultad que no se oponía al mandato legal, máxime cuando el convenio contemplaba la nulidad de las cláusulas prohibitivas de incorporación a la empresa usuaria, y en caso de incorporación efectiva a la misma incumpliendo el pacto de permanencia en la ETT el trabajador tendría que soportar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

⁴³ En este sentido, se ha indicado que “como se ha hecho en otros casos, se podría haber añadido una expresa mención a la negociación colectiva”. Vid. Carrero Domínguez, C. - Blasco De Luna, F.J., “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de Trabajo Temporal”, en *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 320.

⁴⁴ Previsión ya contenida en el art. 47.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

noció la naturaleza de los salarios de tramitación como auténticos salarios⁴⁵, aunque es preciso indicar que dicha doctrina se ha visto mitigada debido a los efectos derivados del RD-Ley 3/2012 (art. 18), que ha venido a suprimir los salarios de tramitación para los despidos improcedentes, salvo que se opte por la readmisión del trabajador o se trate de un representante legal de los trabajadores (art. 56.2 ET).

9. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CLARO EJEMPLO DE PRECARIEDAD LABORAL

La LETT puede aún avanzar en los aspectos colectivos relativos a los trabajadores en misión. Esto contrasta con la intensa regulación, por ejemplo, de los requisitos administrativos de constitución o los aspectos de derechos individuales o relativos a las responsabilidades de las empresas derivadas de la relación triangular. Efectivamente, los trabajadores en misión no han sido objeto de atención prioritaria a efectos de representación colectiva en la empresa usuaria (art. 17.1 LETT). Ello ha sido una oportunidad perdida, dadas las posibilidades que dichos sistemas pueden ofrecer a la hora de controlar y vigilar las condiciones de desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores cedidos, especialmente en los casos en que se desarrollen actividades con riesgos específicos⁴⁶.

En nuestra legislación, los trabajadores cedidos computan a efectos de la representación colectiva de la ETT⁴⁷, que es su empresario y, por otro lado, los órganos de representación de los trabajadores en las empresas usuarias tienen atribuida la representación de los trabajadores en misión durante la duración de la relación laboral. Ello permite una vía en la práctica para poder presentar reclamaciones en relación a las condiciones de trabajo y la prestación de los servicios en la empresa usuaria (art. 17 LETT). Igualmente, las reglas genera-

⁴⁵ A los efectos de determinar la naturaleza de los salarios de tramitación. Vid. SSTs (Social) de 7 de julio de 1994 (RJ 1994\6351), de 9 de abril de 1984 (RJ 1984\2057), de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986\5906) y de 22 de enero de 1988 (RJ 1988\37).

⁴⁶ Vid. Calvo Gallego, J., "Representación y acción sindical en la empresa", en *Relaciones Laborales y empresas de trabajo temporal*, Comentarios al tercer Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Trabajo Temporal, Laborum, 2002, p. 405. Miñarro Yanini, M., "La modificación de los límites para celebrar contratos de puesta a disposición por razones de seguridad y salud (del origen a las consecuencias)", en *Actualidad Laboral*, núm. 21, T.II, 2010, p. 2. López Balaguer, M., "Supuestos excluidos del contrato de puesta a disposición", en *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, (Dir. Molero Marañón - Valdés Dal-Ré), La Ley, Madrid, 2009, p. 256.

⁴⁷ En los órganos de representación legal de los trabajadores de las ETT, a los que el convenio se refiere, se incluyen tanto los trabajadores de estructura como los de puesta a disposición. En este sentido, y por el momento al menos, el derecho español está alineado con la primera de las opciones que ofrece el art. 7 de la Directiva 2008/104/CE.

las previstas por la Directiva 2008/104/CE se ajustan perfectamente al sistema de representación colectiva. Nuestro país cumpliría, pues, con el contenido de la Directiva, que se caracteriza por su contenido sumamente flexible. Se produce nuevamente un problema propio del Derecho Social comunitario en materia de derechos colectivos, que se muestra incapaz de armonizar un sistema uniforme de representación laboral⁴⁸. El art. 7 Directiva 2008/104/CE contempla dos soluciones alternativas, una, que los Estados puedan determinar las condiciones para que los trabajadores en misión puedan ser tenidos en cuenta para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse en la ETT y, por otro lado, también se puede computar a los trabajadores en misión a efectos de ser considerados en la representación laboral en la empresa usuaria, como si fueran trabajadores de plantilla, computando para los umbrales de constitución de los órganos de representación. En nuestro sistema, no parece que sea una prioridad cambiar el sistema y computar a los trabajadores cedidos a efectos de los umbrales de cálculo de los órganos de representación en las empresas usuarias⁴⁹. Ciertamente, el papel de los derechos colectivos de los trabajadores cedidos es un tema que en materia de relaciones triangulares ha tenido poco eco en el debate comunitario y que ya fue criticado con motivo del libro verde⁵⁰.

Efectivamente, la escasa participación colectiva de los trabajadores en misión en las empresas usuarias es uno de los factores de precariedad laboral. Con todo, la vía del art. 17.1 LETT permite a los trabajadores cedidos poder presentar reclamaciones y denuncias ante la empresa usuaria. Y ello a pesar de los obstáculos, aún ciertos, como la falta de legitimación activa para iniciar procedimientos de conflictos colectivos de trabajo. Efectivamente, los repre-

⁴⁸ En materia de derechos colectivos, tenemos las reglas relativas al cómputo de los trabajadores cedidos a efectos de representación colectiva. En este punto, la Directiva introdujo una novedad importante (art. 7), relativa al cómputo de los trabajadores cedidos por las ETT a efectos de constituir órganos de representación, aunque la generalidad de la redacción del precepto da lugar a dudas interpretativas. La Directiva ordena que los trabajadores cedidos tendrán que ser tenidos en cuenta para el cálculo de los mínimos de plantillas requeridos para constituir los órganos de representación laboral y se contempla que los Estados podrán prever que los trabajadores cedidos sean tenidos en cuenta a idénticos efectos en la empresa usuaria. De este modo, los trabajadores cedidos pueden facultativamente por los Estados considerarse como de la plantilla de la empresa usuaria y, por tanto, ser computados en la empresa usuaria. En los casos en que los trabajadores cedidos sean computados como de la empresa usuaria supondría, pues, que computarían igualmente en el ámbito de las ETT, sin que se trate de ámbitos de representación colectiva excluyentes. En este sentido, se ha preguntado si esto es “lo que ha querido de verdad el legislador comunitario? Cuesta pensar que sea así y es lógico que se dé por hecho que se trata de dos soluciones alternativas entre las que deberán optar los Estados miembros”. Vid. Luján Alcaraz, J., “La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal”, *loc. cit.*, pp. 18-19.

⁴⁹ Vid. San Martín Mazzucconi, C., “Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE (...)”, *loc. cit.*, p. 606.

⁵⁰ Vid. Valdés Dal-Ré, F., “El debate europeo sobre la ‘modernización del Derecho del Trabajo’ y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, p. 6.

sentantes de los trabajadores de la empresa usuaria no pueden en los conflictos colectivos ejercer plenamente las labores de defensa de los intereses de los trabajadores cedidos por la ETT. El art. 17.1 LETT fue reformado ya por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre (art. 5), al contemplar que los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tienen atribuida la representación mientras dure la cesión, a efectos de formular reclamaciones ligadas a la ejecución de las condiciones laborales. Se atribuía, pues, un cauce de representación respecto de cualquier reclamación en el ámbito de la empresa usuaria, sin que se pudieran extender a las reclamaciones del trabajadores respecto de la ETT de la cual depende.

Lógicamente, esta función representativa depende del cumplimiento efectivo de la empresa usuaria de su obligación de proporcionar información apropiada a los órganos de representación de los trabajadores sobre el recurso a la cesión temporal de mano de obra y sobre el contenido de cada contrato de puesta a disposición (art. 9 LETT y art. 8 Directiva 2008/104/CE). Igualmente, esta obligación informativa de la empresa usuaria se extiende a los motivos de utilización del recurso a las ETT, debiendo entregar a los representantes de los trabajadores copia básica de los contratos de trabajo (art. 9 LETT). Se trata, efectivamente, de una obligación informativa sobre el recuso a la cesión temporal de trabajadores, que tendrá que hacerse efectiva cuando se suministre información sobre la situación del empleo en la empresa.

10. EL TRATAMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES Y EL REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO SANCCIONADOR

Uno de los ajustes, ajeno al proceso de armonización comunitaria, se refiere a la ampliación del contenido de la responsabilidad subsidiaria que soportan las empresas usuarias. Ello se presenta ciertamente como un auténtico mecanismo de compensación de intereses. Originariamente solamente se proyectaban estas responsabilidades sobre las obligaciones salariales⁵¹ y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta

⁵¹ Ya la Ley 29/1999 contempló la exigencia de responsabilidad en materia salarial a la empresa usuaria y ello tenía su lógica debido a los problemas de la ETT de conocer con precisión los convenios y acuerdos aplicables en las empresas usuarias. Por ello, la preferencia era evidente a efectos de clarificar la determinación de la obligación salarial. En muchos casos con referencia a sistemas de cómputo salarial estructurado en conceptos fijos y variables ligados al desarrollo de la actividad laboral y que dependen de que el trabajo se preste efectivamente y que no pueden contemplarse originariamente con precisión en el contrato de trabajo. En este sentido, se ha apuntado que la razón esencial que permite justificar el carácter subsidiario de la responsabilidad salarial reside en la obligación de la ETT de constituir una garantía financiera.

a disposición. Sin embargo, actualmente esta exigencia se ha ampliado a la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Se trata de una extensión de responsabilidad que afecta lógicamente a las indemnizaciones derivadas de los despidos improcedentes, y también se extendería a otras indemnizaciones en distintos supuestos extintivos, por ejemplo, despido objetivo o colectivo, extinción causal voluntaria, por fin de contrato, etc⁵².

La vigente redacción del art. 16.3 LETT contempla, pues, la extensión de la responsabilidad subsidiaria a las indemnizaciones económicas derivadas de la extinción del contrato de trabajo y se responderá tanto de los salarios de tramitación (actualmente reducidos por la reforma laboral de 2012) como de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo⁵³. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 de la presente LETT. Esta indemnización, de naturaleza extrasalarial (art. 26.3 ET), no se encuentra incluida en la responsabilidad subsidiaria relativa a las obligaciones salariales y de Seguridad Social. Se trata de un criterio ya apuntado por el TS, que incluyó las indemnizaciones en la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria derivada del uso ilegal del contrato de puesta a disposiciones⁵⁴. Si la cesión de

⁵² Ciertamente, ello supone una aproximación evidente entre las cesiones legales (art. 43 ET) y el modelo de la subcontratación de obras y servicios de la propia actividad (art. 42 ET). Vid. SSTS (Social) de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009\1594), de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6529) y de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6419).

⁵³ En relación a la naturaleza de la responsabilidad sobre la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Vid. STS (Social) 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6419). Esta sentencia considera que el art. 16.2 LETT y su responsabilidad solidaria no supone una excepción al art. 43 ET. Se trata de una excepción a la responsabilidad subsidiaria, ratificando el art. 43.2 ET, ya que mientras la LETT se refiere con carácter restrictivo a las obligaciones generales. El ET emplea el término obligaciones contraídas con los trabajadores. Y, por supuesto, estaremos ante cesión ilegal cuando la cesión tenga como fin cubrir las necesidades permanentes de mano de obra y ello a pesar de que la cesión se realice por una ETT autorizada. Estaríamos ante un vicio en el propio contrato de puesta a disposición, que habría sido suscrito en fraude de ley. En relación a la intervención en cesión ilícita. Vid. STS (Social) de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5665).

⁵⁴ Sin duda, se trata de una mejora, ya que no afecta solamente a las indemnizaciones por extinción contractual. Como sabemos, anteriormente las indemnizaciones no entraban dentro de este tipo de responsabilidad al tener naturaleza extrasalarial. Y asimismo la garantía también se refiere a los propios salarios de tramitación. Vid. Carrero Domínguez, C. - BLASCO DE LUNA, F.J., "Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de Trabajo Temporal", *loc. cit.*, p. 324. Siempre que exista una relación regular temporal en base al contrato de puesta a disposición y se vertebrase la relación triangular correctamente, la empresa usuaria será en todo caso responsable subsidiariamente de las obligaciones salariales, de seguridad social, así como de las indemnizaciones ex art. 16.2 LETT. No obstante, cuando la relación triangular no se conforme válidamente, al existir infracción de los arts. 6 u 8 LETT en lo relativo al contrato de puesta a disposición, el efecto sancionador vendría de la aplicación del art. 43.3 del ET como regla tuitiva de los trabajadores. Vid. SSTS (Social) de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6419) y de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6529).

trabajadores por medio de las ETT a la empresa usuaria se realiza válidamente la empresa usuaria solamente responderá de forma subsidiaria respecto de la ETT, mientras que si cesión es improcedente y no se ajusta a derecho, la responsabilidad se convierte en solidaria entre la ETT y la empresa usuaria. Así, se tutela la situación de precariedad que sufre el trabajador y se reparan las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales⁵⁵.

Igualmente, se ha afectado el régimen de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, aunque estos cambios en realidad no suponen una redefinición de las obligaciones y responsabilidades de las ETT, que se encuentra previstas legal y reglamentariamente (art. 28 LPRL y el RD 216/1999). El art. 16.2 LETT se refiere a las responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo y sobre el recargo de prestaciones. En estos casos, la empresa usuaria responderá en caso de accidente o enfermedad profesional si se produce en el centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y la responsabilidad se pueda atribuir a un incumplimiento de la empresa cliente en las medidas preventivas, que le corresponden en tanto en cuanto ejerce el poder de dirección y organización del trabajo (art. 15.1 LETT)⁵⁶. De este modo, la empresa usuaria está obligada a garantizar las medidas preventivas, y en ausencia de las mismas, responderá de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Incluso esta responsabilidad se exige a las ETT de forma solidaria en determinadas circunstancias⁵⁷.

Con todo, y a pesar de que se ha intentado avanzar en la seguridad jurídica de los trabajadores en misión, es preciso indicar que aún cabe margen de acción y es posible reforzar los sistemas de reparto de responsabilidades entre las empresas implicadas en la relación triangular. Precisamente, en materia de abuso al recurso a las ETT y en los supuestos de cesiones sucesivas. Ciertamente, no se ha abordado, como medida de garantía las consecuencias derivadas del uso abusivo de las cesiones de trabajadores de ETT. Estos mecanismos

⁵⁵ Sobre los márgenes de aplicación de la responsabilidad solidaria. Vid. SSTs (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620) de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5665) y de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815).

⁵⁶ Estamos, pues, ante la proyección de la comunicación de responsabilidades en materia de ETT que se produce incluso en materia de prevención de riesgos laborales, donde parece que se diseñan autónomamente responsabilidades a cargo de ETT y empresas usuarias. Vid. García Murcia, J., “Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *Seguridad y Salud en el Trabajo (El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Coords. Casas Baamonde, M^a. E. - Palomeque López, M.C., - Valdés Dal-Ré, F., La Ley – Actualidad, Madrid, 1997, p. 230. Rodríguez Ramos, M. J. - Pérez Borrego, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Seguridad y Salud en el Trabajo (El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley – Actualidad, Madrid, 1997, pp. 447-448.

⁵⁷ Vid. STSJ Castilla y León, Burgos, de 23 de septiembre de 2010 (AS 2010\1839). STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de mayo de 2009 (AS 2009\2196). STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2008 (AS 2009\1688). STSJ País Vasco de 28 de junio de 2005 (AS 2005\2418).

sí se contemplan en la Directiva 2008/104/CE (art. 5). Sin embargo, no han sido tratados formalmente por nuestra legislación de forma suficiente. En este sentido, el art. 15.5 ET, según la Ley 43/2006, 29 de diciembre, contempla el fraude en la contratación temporal que se castiga con la conversión del trabajo cedido en un trabajador fijo en plantilla. Aunque precisamente, la regla que impide el encadenamiento de contratos temporales en un período de treinta meses durante un plazo de veinticuatro, con o sin solución de continuidad, por una ETT ha sido suspendida, lo que limita el posible abuso e impide la consecución de status de trabajador fijo en estos casos. No obstante, la reforma laboral de 2012 ha previsto la recuperación de la prohibición de encadenar los contratos temporales a partir del 31 de diciembre de 2012 (art. 17 RDL 3/2012).

Igualmente, es preciso decir que antes de la reforma laboral de 2012, se prohibía, y se sigue prohibiendo, la cesión de trabajadores a otras ETT. Se impide, pues, una gestión empresarial que suponga la subcesión de trabajadores dando lugar a un intercambio de trabajadores entre las ETT. Ello era en buena lógica un efecto derivado de su incompatibilidad con la actividad autorizada, que no era otra que proveer exclusivamente a otras empresas trabajo temporal mediante la cesión temporal de trabajadores. Sin embargo, con la ampliación del contenido de la actividad de las ETT estos mecanismos prohibitivos se encuentran actualmente debilitados, debido al recurso flexible a las ETT en su nueva faceta de agencias de colocación privadas con ánimo de lucro.

Junto al tratamiento del régimen de responsabilidad, se ha alterado y reforzado el régimen de sancionador. En este sentido, cabe recordar que, en materia de sanciones, el art. 10 de la Directiva 2008/104/CE contempla la necesidad de evitar los incumplimientos de las ETT y de las empresas usuarias, mediante un régimen sancionador que tiene que ser efectivo, proporcional y disuasorio. Actualmente, los arts. 18 y 19 LISOS, que han refundido el catálogo de infracciones que contemplaba originariamente la LETT, han reforzado el régimen sancionador. Se contemplan nuevas sanciones en la LISOS para evitar que las ETT cedan trabajadores en actividades peligrosas desde el punto de vista preventivo⁵⁸. Concretamente, los arts. 18 y 19 LISOS intentan promover la eficacia de determinados derechos. En cuanto a los nuevos supuestos de infracciones leves de la empresa usuarias, se alude al hecho de no facilitar los datos sobre retribución total aplicable al puesto de trabajo y se tipifica como infracción grave impedir el ejercicio de los derechos de reclamación por medio de los órganos de representación en la empresa usuaria o impedir el acceso al transporte

⁵⁸ Igualmente, conviene recordar que la propia Disp. Ad. 16ª de la Ley 35/2010 ya anunciaba, dentro de las actuaciones de la Inspección de trabajo, un plan integrado de actuación con carácter expansivo y con objetivos de alcance general. Con carácter general, se precisaba la necesidad de avanzar en el “control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con la autorización administrativa”.

e instalaciones colectivas. Desde el punto de vista de los incumplimientos de las ETT, se prevén como incumplimientos graves, la ausencia de formación, o dar trabajo sin que el trabajador tenga la debida formación en materia preventiva, o el no destinar a la formación la dotación económica, o el cobro de los gastos de selección, formación o gestiones relativas a la contratación o el suscribir contratos de puesta a disposición en actividades prohibidas. En concreto, la suscripción de contratos de puesta a disposición para realizar trabajos o actividades peligrosas para la salud laboral por ley o convenio colectivo⁵⁹ –se entiende cometida la infracción por cada contratos de puesta a disposición suscrito en dichos supuestos– (art. 18.3 b LISOS). Por su parte, se prevé como infracción muy grave la subcomisión de obra. En casos de reincidencia ante la comisión de faltas muy graves, se prevé la posibilidad de suspender la actividad de la ETT durante un año y transcurrido el plazo de suspensión, la ETT deberá solicitar nuevamente la correspondiente autorización administrativa (art. 41.3 LISOS). Asimismo, cabe un segundo período de suspensión de actividad como sanción, en cuyo caso, dicha reincidencia en la comisión de faltas graves dará lugar a la extinción de la autorización administrativa de forma definitiva (art. 2.1.e LETT).

⁵⁹ La duda es si se puede seguir manteniendo la referencia a las limitaciones previstas en los convenios colectivos. Ciertamente, este papel del convenio colectivo se ha restringido, pero ello no ha supuesto su anulación. En este punto, es preciso recordar que las prohibiciones y limitaciones sectoriales previstas en convenio colectivo están derogadas desde el 1 de enero de 2011. Vid. Martín Jiménez, R., “Actividades peligrosas y empresas de trabajo temporal. Nuevas infracciones administrativas”, en *la Reforma Laboral de 2010, Comentarios al RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 524. No obstante, ello no impide que los convenios colectivos puedan contemplar respecto de las limitaciones legales especificaciones concretas. Ello operaría en casos de delimitación adaptada al trabajo o actividad en cuestión, siempre que ello no supongan una ampliación de las limitaciones o prohibiciones, que como sabemos, están plenamente excluidas.