

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén

Extracto:

COMO consecuencia de una inadecuada práctica de gestión de las relaciones de trabajo desarrollada de forma sistemática por las ETTs se ha generado, según una constatación ahora ya ampliamente difundida en diferentes sectores políticos, sociales, sindicales e incluso empresariales, un elevado número de efectos disfuncionales y distorsionadores del funcionamiento de este singular mercado de empleo temporal. Para intentar corregir este desarrollo económico-empresarial errático se ha promulgado la Ley 29/1999, que modifica la Ley 14/1994, por la que se regulan las ETTs.

A través de esta nueva Ley de reforma del mercado de trabajo se han pretendido afrontar diferentes temas exigidos de una urgente revisión legislativa, y que van más allá del célebre principio de igualdad salarial, si bien éste es el tema estrella de la reforma. No obstante, cuestiones tales como la causalidad del contrato de puesta a disposición, la actividad sindical del control y la tutela público-administrativa ocupan un importante puesto en la nueva regulación, dando respuesta a algunas demandas provenientes de la aplicación administrativa y judicial de esta regulación. El análisis exhaustivo de cada una de estas reformas, explicando las razones que las justifican a tenor de la práctica realizada por las ETTs en este sector del mercado y evidenciando sus límites, así como sus elementos más críticos, se contiene en este pionero trabajo. En este sentido, el estudio pretende poner en evidencia algunas de las contradicciones e insuficiencias más llamativas de la Ley.

La tesis central que sirve de hilo conductor al entero trabajo del autor se sintetiza en la identificación de la razón de ser de esta nueva legislación -que no es la primera ni será la última en el más próximo horizonte de política jurídica de reformas, sino tan sólo un paso más-, no ya sólo en una opción garantista de los derechos de los trabajadores, como se viene afirmando, sino en la satisfacción de determinados intereses de política económica y de mercado. En efecto, el análisis de la regulación y su contextualización en los procesos convencionales que la han anticipado en gran medida, revela que, además, y sobre todo, esta Ley aparece como un *auténtico instrumento de regulación de la competencia leal* entre las empresas del sector, que pretende tener un efecto expulsivo del mercado de determinadas empresas, precisamente aquellas que vienen apostando únicamente por una estrategia de competitividad basada más en la reducción de precios que en una gestión flexible del personal.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Breve descripción del marco normativo regulador de las ETTs antes de la Ley 29/1999.
- III. Las nuevas garantías legales reconocidas por la Ley 29/1999, de 16 de julio: un cuadro de luces y sombras.
 1. Valoración global de la Ley 14/1994: deficiencias técnicas y desequilibrios de protección.
 2. Las nuevas garantías legislativas en clave de SEGURIDAD JURÍDICA: las vías.
 - 2.1. Revalorización del control de una «estructura organizativa adecuada» como garantía de cumplimiento efectivo de las obligaciones empresariales.
 - 2.2. Garantía de certeza de la causa: equiparación legal de los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición al artículo 15 ET.
 - 2.3. La garantía de seguridad del período de duración del contrato: una reforma ambivalente.
 - 2.4. Medidas preventivas frente al riesgo de sustitución de empleo estable: nueva prohibición general para celebrar contratos de puesta a disposición.
 - 2.5. El deber de la ETT de asegurar una formación suficiente y adecuada: una reforma regresiva en lo profesional e inocua en materia de prevención.
 - 2.6. Una garantía de efectividad de la seguridad en el trabajo: prohibición de la puesta a disposición sin previa evaluación de riesgos laborales.
 3. Las nuevas garantías de TRANSPARENCIA del mercado de empleo temporal y de efectividad de la actividad de CONTROL.
 - 3.1. La intervención de tutela pública frente a los riesgos de la actividad de las ETTs: actividad de control administrativo mediante la información.
 - 3.2. La revalorización de la autotutela colectiva: reconocimiento de nuevos derechos de información para garantizar la efectividad del control sindical.
 4. La GARANTÍA SANCIONADORA frente a los incumplimientos: la integración del régimen administrativo sancionador especial.
 5. La IGUALDAD DE DERECHOS: ambivalencia de la equiparación salarial como garantía individual y como instrumento regulador de la competencia leal.
 - 5.1. La rentabilidad de la práctica retributiva dominante: el módulo salarial por hora trabajada y el sistema de gestión «*just in time*».
 - 5.2. La experiencia convencional de anticipación de la reforma: el proceso negocial de convergencia salarial.
 - 5.3. El reconocimiento legal del derecho a la igualdad de trato legal: puntos críticos.
- IV. Una garantía de seguridad en los derechos pendiente: el proceso de convergencia en la estabilidad en el empleo.

«Un conjunto de cambios organizativos relacionados tuvo lugar en la industria de la construcción, en París en particular. Allí un gran contratista se encargaba de construir muchas casas y después subcontractaba la obra real a *marchandeurs* (negociantes o regateadores), que a su vez contrataban a sus propios obreros al mínimo. Este sistema de *marchandage* tendía a exprimir los salarios y hacía prácticamente imposible el mantenimiento de las condiciones de trabajo y de pago uniformes. Los obreros lo consideraban explotador. La abolición del *marchandage* fue una de las primeras concesiones que los obreros arrancaron del gobierno provisional tras la revolución de 1848».

SEWELL, W.H. *Trabajo y revolución en Francia. El lenguaje del movimiento obrero desde el Antiguo Régimen hasta 1848*. Taurus Ediciones. 1980.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el telón de fondo de un sistema económico-productivo y un mercado de trabajo organizados preponderantemente sobre una valoración de la norma jurídico-laboral como «coste de producción», que por tanto hay que reducir, y como un «útil de gestión», que por tanto hay que flexibilizar al máximo, frente a la clásica imagen ético-jurídica de aquella norma como límite a la autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa, las Empresas de Trabajo Temporal -ETTs- tenían creadas las condiciones básicas para la adquisición de plena carta de naturaleza y para un intenso y rápido crecimiento. Se explica, así, que uno de los rasgos señeros del actual panorama de la contratación en España sea, precisamente, el incremento tan espectacular producido en el volumen de contratos temporales realizado a través de los contratos mercantiles de puesta a disposición -y consiguientes contratos de trabajo- por las ETTs, en particular respecto de los contratos eventuales por circunstancias de la producción y, aunque en menor medida, en los contratos de obra o servicio determinado, así como en los contratos de trabajo a tiempo parcial. Un crecimiento de su actividad de cesión o suministro de trabajadores paralelo al propio incremento del número de ETTs, pese a que se trata de un sector económico-empresarial altamente concentrado en el plano organizativo, por lo que un reducido número de empresas, fuertemente integradas y de capital extranjero normalmente, capitalizan la mayor parte de la contratación ¹.

¹ Cfr. CES. *Memoria sobre la Situación Socio-económica y Laboral de España en 1998*. Madrid. 1999, pág. 232 y sgs. También el documentado Informe sobre «Empleo y Empresas de Trabajo Temporal (1994-1998)», realizado por la Secretaría Confederal de Empleo, con fecha de 29-1-1999, y en el que se advierte de las dificultades de contar con una estadística adecuada por diferentes deficiencias técnicas del sistema de registro en el INEM.

De esta manera, de los dos sistemas de gestión posibles, en el plano teórico y práctico, sin perjuicio de reconocer que difícilmente se dan en la realidad empresarial modelos puros o ideales, requeridos por el nuevo modelo o paradigma de «empresa flexible», el sistema de gestión competitiva basado sobre la calidad y la innovación, por un lado, y el sistema de gestión competitiva asentado sobre todo en la reducción de costes, las ETTs han privilegiado este último. La remercantilización de la «mano de obra», considerada preponderantemente como factor de coste y rendimiento, que de esta manera se está produciendo en este importante sector es más que evidente, y así lo reconoce el propio legislador al justificar la promulgación de una nueva Ley, la 29/1999, de 16 de julio, que modifica sustancialmente determinados aspectos de la Ley 14/1994, de 1 de junio -LETT-.

A la luz de estas consideraciones introductorias, parece claro que la aparición, primero en la práctica económica y laboral, luego en el ordenamiento y el acelerado desarrollo de las ETTs en nuestro sistema de contratación, primero en la práctica, no representa en modo alguno una suerte de impureza en un mar de aguas claras y cristalinas del modelo de organización dominante. Antes al contrario, auténtico fenómeno jurídico-económico global, aparece como un factor privilegiado para analizar una realidad mucho más general, por cuanto se sitúa en la encrucijada misma de tres procesos decisivos en nuestra experiencia de relaciones laborales de los últimos años -vg. desde 1984-. A saber:

Por un lado, el conocido y hoy absolutamente generalizado proceso de exteriorización de la organización empresarial -vg., multiplicación de las prácticas de *outsourcing*, por utilizar la expresión anglosajona, que se identifica mejor con la idea de la «descentralización productiva» en nuestra cultura y lenguaje-, en ocasiones justificado por las exigencias productivas, en otras, nada infrecuentes, con el fin único o exclusivo -o cuando menos principal- de conseguir el abaratamiento de los recursos de personal utilizados, con la consiguiente «precarización» de las condiciones de trabajo. Este proceso ha sido no sólo tolerado sino fomentado tanto por la autoridad laboral cuanto por la autoridad judicial, que han realizado en sus respectivos ámbitos una interpretación muy restrictiva del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET) -prohibición de la cesión de la mano de obra-, en favor del artículo 42 ET, si bien en los últimos años también se promueve una interpretación crecientemente restrictiva de este precepto, con los consiguientes efectos multiplicadores de la expulsión de la tutela laboral -vg., falsos autónomos-². Una etapa decisiva, casi culminante, en este proceso histórico de ampliación hasta el extremo de tales fenómenos -aunque la fantasía empresarial para idear fórmulas que, en las confusas y móviles fronteras entre lo legal, ilegal y alegal, reduzcan el campo de aplicación de la norma laboral y de sus garantías de efectividad es casi ilimitada- supuso la «legalización», más bien la «normalización» legislativa de una extendida práctica socio-económica, de la cesión de mano de obra, eso sí, reservada en términos prácticamente de monopolio legal, a un determinado tipo de Empresas: las ETTs. Con esta nueva modalidad de organizar la actividad de empresa y el trabajo llega a su máxima formalización la disociación entre quien contrata y remunera la prestación y quien la utiliza efectivamente.

² Un amplio análisis de todos estos fenómenos puede encontrarse en las diferentes Ponencias y Comunicaciones presentadas al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que ha versado este año monográficamente sobre *La Descentralización Productiva y las Nuevas Formas Organizativas del Trabajo*. Zaragoza, 28-29 de mayo de 1999 (próxima publicación).

Por otro lado, un proceso paralelo, y en cierta medida convergente, de ruptura del monopolio tradicional de la política de colocación por parte del Servicio Público de Empleo, en la dirección marcada por una tendencia mucho más extensa, avalada incluso por el Derecho Comunitario de la Competencia, a juicio de una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por el dogma de la liberalización de este mercado, cuya optimización requeriría ahora ya inexcusablemente la intervención de una pluralidad de operadores o de «sujetos» o entidades de intermediación, formal o informal³. Potencialmente concebidas en nuestro modelo como complementarias del INEM, y pese a que formalmente su consideración parece apartarse significativamente de esta idea, las ETTs se han configurado como una poderosa alternativa al Servicio Público de Empleo, más incluso que las Agencias Privadas de Colocación, concebidas típicamente como tales y meramente colaboradoras del INEM. Naturalmente, esta idea no podía sino causar fuertes distorsiones conceptuales y sobre todo prácticas, en el sentido en que están actuando en gran medida como factores de inserción en el mercado de trabajo de determinados trabajadores, particularmente jóvenes menores de 30 años, sirviendo de fase previa o preliminar -vg., una suerte de nuevo «contrato de período de prueba», pero al margen el artículo 14 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)-, para en una fase posterior integrarse en la empresa usuaria, que de esta manera exterioriza los riesgos de la función de contratación, selección y experimentación de los contratos⁴.

Finalmente, y como convergencia de los dos procesos anteriores, no podemos dejar de señalar aquí, por su trascendencia para explicar la razón de ser de la nueva Ley que pretendemos comentar, que el «éxito» de las ETTs como factor de dualización o segmentación del mercado de trabajo no es sino expresión de una realidad también presente de forma generalizada en nuestro sistema y en nuestra experiencia: *la instrumentalización de la fragmentación del mercado de trabajo como instrumento de creación de empleo, auténtico escudo ideológico protector de la legitimidad social de las ETTs pero en realidad de los procesos de reforma laboral realizados en la década 1984-1994*. La vinculación de la lucha contra el desempleo a la segmentación de los mercados de trabajo y a la dualización de los sistemas de protección social ha venido constituyendo una de las principales características de nuestro mercado de trabajo, y por tanto de la sociedad edificada sobre él, desacreditando incluso el enfoque económico clásico, en cierta manera todavía dominante, que consideraba el mercado de trabajo de forma unitaria, en el que participarían con libertad y por igual todas las personas que buscan empleo y todas las empresas que quieren contratar trabajadores. Al contrario, los múltiples estudios sobre la segmentación laboral -y consecuente dualización social- han evidenciado que las condiciones de trabajo vienen impuestas por cada mercado específico en el que se desarrollan, ofreciendo tratamientos claramente desiguales -si no discriminatorios- respecto de cuestiones tales como la movilidad, la retribución salarial, estabilidad, promoción... y estableciendo barreras de acceso de uno a otro⁵.

³ Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE-M. C. PALOMEQUE. «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo». *RL*. 1994-I; A. MARTÍN VALVERDE. «La supresión del monopolio público de la colocación». Aa. Vv. *Reforma de la legislación laboral*. Libro homenaje al prof. M. Alonso García. AEDTSS/Marcial Pons. Madrid. 1995.

⁴ Para estas posibilidades, aunque críticamente a la luz de la legislación formalmente vigente, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*. MTSS. Madrid. 1992; *id.* *Las empresas de trabajo temporal en España*. Tirant lo blanch. Valencia. 1994.

⁵ Cfr. E. MINGIONE. *Las sociedades fragmentadas. Una sociología de la vida económica más allá del paradigma del mercado*. MTSS. 1994, pág. 169 y sgs.; para diferentes teorías sobre la segmentación y los tipos de mercado de trabajo segmentados *cfr.* B. DOERRINGER-M. J. PIORE. *Mercados internos de trabajo y análisis laboral*. MTSS. 1985; R. B. REICH. *El trabajo de las naciones*. Edit. Vergara. Madrid. 1993; A. RECIO ANDREU. «Trabajadores desiguales». *Mientras Tanto* núms. 30-31. 1987.

En este marco general dominado por un reparto desigual del poder y por múltiples conflictividades estructurales, de trabajadores y empresarios, de trabajadores entre sí -vg., activos y desocupados- y de empresas entre sí por la competencia, las organizaciones económicas se habrían visto obligadas a resolver mediante tal instrumento desigualador y diferenciador tres problemas básicos. A saber: la contención de las retribuciones salariales a unos niveles que garanticen no sólo la recuperación de beneficios sino su optimización -vg., problema distributivo de renta-, en primer lugar; la realización de un comportamiento productivo adecuado de los trabajadores a las exigencias que en cada caso pretenda hacer valer el empresario -vg., problema de control social o de disciplina-, en segundo lugar; la disposición de una mano de obra permanentemente adaptable a los cambios que pudieran producirse en el mercado -problema de la flexibilidad de gestión-, en tercer lugar ⁶. La consecución de estos tres objetivos básicos en la estrategia competitiva de las empresas se revela, pues, como una cuestión estratégica, y a su realización efectiva se acude a través de una amplia gama de instrumentos, entre los que ocupa un lugar principal los jurídico-laborales y, en especial, la recepción legal de la práctica organizativa y gestional de las ETTs. Mediante este tipo de técnicas organizativas de la actividad económico-empresarial, y las consiguientes formas de contratación de mano de obra que conllevan, no sólo se consigue segmentar el mercado de trabajo, en particular el de empleo temporal, que en sí mismo ya supone una segmentación respecto del empleo estable, sino que también, y sobre todo, se consigue diferenciar las condiciones de trabajo de los trabajadores de una misma empresa y por la realización de un mismo trabajo.

A la luz de estas observaciones, se explica fácilmente cómo la irrupción en el sistema español de contratación de las ETTs ha venido generando una ardua y agria polémica en la doctrina y entre los interlocutores sociales, acerca de sus eventuales bondades o de sus «maldades», para unos intrínsecas, inscritas en su propia razón de ser y de existir, para otros, en cambio, relativas, esto es, dependientes de su concreta regulación y sobre todo de su funcionamiento efectivo o práctico. Esta última postura sería la evidenciada con toda rotundidad por la Exposición de Motivos (EM) de la LETTs de 1994. A este respecto, y tratando de alejarnos en este momento tanto de aquellos que las desdeñan en sí mismas y *a priori*, aunque con argumentos a veces más ideológicos que técnicos, cuanto de aquellos que las sobrevaloran, por razones claramente interesadas, parece ahora ya suficientemente difundida y constatable la idea según la cual, tras más de 5 años de experiencia, el balance de la regulación legislativa llevada a cabo y, sobre todo, de la práctica generada en su aplicación por estas empresas, pone de relieve la existencia de múltiples deficiencias reguladoras cuanto de excesivas disfuncionalidades derivadas de su sistema de gestión. El inicial desorden de funcionamiento de las ETTs, constatado en los dos primeros años de vigencia de la Ley 14/1994, lejos de controlarse y reordenarse con el tiempo se ha agudizado, de modo que su desarrollo ha sido todavía más anárquico o caótico e inequitativo, confirmando en gran medida los pronósticos de los más críticos sobre su utilidad para una organización adecuada del empleo.

Conscientes de esta situación, los interlocutores sociales primero, tanto las organizaciones sindicales más representativas como determinadas organizaciones empresariales del sector, justamente aquellas que representan a las ETTs de mayores dimensiones, a través de la negociación colecti-

⁶ Cfr. A. RECIO ANDREU. «La segmentación del mercado de trabajo en España». Aa. Vv. *Las relaciones laborales en España*. Edit. Siglo XXI. Pág. 99.

va -vg., II Convenio Estatal de ETTs de 1997-, y los responsables políticos, después, a través de la modificación legislativa de la Ley 14/1994, si bien de forma parcial y en una dirección no siempre acorde con las reivindicaciones sindicales, han tratado de introducir una mejora de la situación, reordenando y racionalizando en cierta medida esta práctica jurídica, social e incluso económicamente inaceptables. La simple lectura de la EM de la nueva Ley es inequívoca respecto de esta valoración negativa, aunque las medidas tomadas no sean luego ni suficientes ni siempre adecuadas para corregir o invertir real o efectivamente esta situación. El punto de partida de la nueva reforma es, así, una seria y grave contradicción constatada en la experiencia de las ETTs:

«éstas han incrementado notablemente su actividad a la vez que los derechos laborales y la protección social de los trabajadores han ido disminuyendo».

El debate jurídico-normativo, político-sindical y socio-económico sobre las ETTs aparece de nuevo radicalmente abierto. No es nuestro objetivo entrar en este momento en los términos de este agrio y complejo debate, si bien ahora contamos con nuevos datos normativos y empíricos que obligarán sin duda a reproponerlo y a revisarlo. Para la estricta economía argumental de nuestro estudio, limitado a analizar detenidamente sólo aquellos aspectos afectados por la reforma, que van más allá de la afirmación legislativa del principio de paridad salarial entre los trabajadores de las ETTs «en misión» en las empresas usuarias y los trabajadores de la plantilla de estas empresas usuarias que realicen un trabajo igual o de igual valor, pese a que este último aspecto sea el más llamativo y el que más difusión ha tenido en los medios de comunicación, bastará con una triple observación especialmente relevante desde la reflexión sobre la opción de política jurídica que traduce esta nueva Ley.

De una parte, esta Ley se inserta plenamente en lo que parece ser ya un proceso interminable de reforma de la organización y funcionamiento del mercado de trabajo, si bien ahora en la línea de lo que parece configurarse, aunque a veces sólo aparentemente, como una auténtica «contrarreforma» del proceso de profundísimos, en lo cualitativo, y vastísimos, en lo cuantitativo, cambios realizados en 1994, y que en gran medida venía a cerrarse con la Ley 14/1994, de 1 de junio. En la nueva dialéctica entre la lógica económica y eficientista de la «flexibilidad» a la hora de conformar los instrumentos jurídicos puestos a disposición de las empresas para hacer frente a la gestión del factor trabajo con vistas a una mejora de la productividad y de su capacidad de competir en mercados crecientemente globalizados, complejos e inciertos, y la lógica social de la estabilidad, orientada a pre-disponer garantías que restablezcan la transparencia del mercado y la seguridad «en» y «de» los derechos de los trabajadores, la Ley 29/1999 vendría a ratificar y consolidar la primacía dada a esta estrategia de competitividad por la calidad y seguridad de derechos sobre aquella, basada en la competitividad por la racionalización a la baja de los costes, con las sucesivas reformas de 1997 -vg., pleno restablecimiento del *principio de causalidad del contrato temporal* y fomento del principio de *favor hacia el empleo estable*- y la de 1998 -vg., afirmación del *principio*, ya reconocido por el Derecho Comunitario del Trabajo, tanto por vía convencional, como jurisprudencial, como legislativa, de *asimilación* de los trabajadores a tiempo parcial-. Se completaría así la revisión de la tríada de formas de empleo atípicas y «precarias», buscando la proyección de tales reformas también en el mercado de empleo temporal y en las modalidades de contratación propias de las ETTs.

De otra, y es la segunda observación que creemos oportuno realizar para comprender el auténtico significado y alcance de la nueva reforma laboral, conviene igualmente poner de relieve el carácter marcadamente gradual y progresivo que el legislador ha querido otorgar, una vez más en una norma de carácter eminentemente socio-económico, al proceso de reestructuración o reordenación jurídica y gestional de las ETTs. Si ya en su legalización pudo apreciarse cómo la efectividad de la misma fue el fruto de una opción jurídico-política concretada a través de diversas intervenciones legislativas, criticada en su momento por la doctrina más autorizada como «erráticas»⁷, también el proceso de «contrarreforma», aunque no lineal o inequívoca, pretende articularse a lo largo de un proceso dilatado en el tiempo y en el que intervengan los diferentes sujetos implicados, con vistas a no producir rupturas traumáticas en el sistema, que el legislador considera innecesarias. Esta gradualidad, ya presente en la propia opción reformadora seguida por el II Convenio Colectivo Estatal de ETTs, además de evidenciarse por el carácter parcial de la norma, pues no afronta un buen número de cuestiones relevantes que no fueron reguladas y que la práctica ha dejado aflorar, urgiendo su reforma, se recoge expresamente por el legislador, expresando en la EM su deseo de que:

«Una vez finalizado el proceso de convergencia salarial de los trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal para ser cedidos a otras empresas, deberán impulsarse preferentemente a través de la negociación colectiva, aquellas medidas que posibiliten un aumento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal, tanto los de carácter estructural como de los contratados para prestar servicios en empresas usuarias».

Finalmente, y es la última observación que queremos hacer en este momento inicial, conviene tener bien presente que, pese a una contraria apariencia, *esta norma no implica una opción legislativa unilateralmente garantista, sino que presenta un marcado carácter transaccional*. En efecto, además de constatar, como se verá, la introducción de ciertas reglas que vienen a mejorar la flexibilidad de gestión de estas empresas, conviene no perder de vista que, en última instancia, la introducción de garantías que pretenden mejorar la «calidad», por tanto la equidad, y la certeza, por tanto la seguridad, del estatuto jurídico de los trabajadores en misión, supone *una marcada instrumentación de las nuevas garantías en favor de una regulación de la competencia entre las empresas del sector y una mayor transparencia del mercado de empleo temporal reservado a las ETTs*. Con ello se quiere producir un efecto expulsivo del mercado de las ETTs de menores dimensiones y con menor capacidad patrimonial, que han basado su posición competitiva en una permanente subasta a la baja del «precio» de la mano de obra, en favor de un número más reducido de operadoras pero con mayor solvencia, por lo que se estimularía el proceso de integración y fusiones ya iniciado por determinadas empresas del sector, y ahora en boga.

⁷ Cfr: F. VALDÉS. «Empresa de Trabajo Temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)». *RL*. 1995-II. Pág. 39.

Tras estas consideraciones, creemos mejor sentadas las bases que nos permitan explicar y, sobre todo, comprender las razones de la reforma y los principales aspectos de cada una de las medidas adoptadas con la nueva Ley. Antes de entrar en este análisis conviene trazar brevemente el actual marco normativo que regula las ETTs, pues con posterioridad a la Ley 14/1994, y al margen de su desarrollo reglamentario por el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, se han producido importantes cambios legislativos que han afectado de una u otra forma a su régimen jurídico.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL MARCO NORMATIVO REGULADOR DE LAS ETTs ANTES DE LA LEY 29/1999

A tal fin, quizá no sea ocioso recordar, pues viene a ilustrar con precisión la contradicción que suele presidir toda esta materia entre la representación legal del fenómeno y su utilización práctica, que la inexistencia oficial o jurídico-formal en nuestro país, como consecuencia de la prohibición general del artículo 43 ET, del mercado de empleo temporal mediante la cesión, suministro o «préstamo» de trabajadores por parte de una empresa a otras, hasta la legalización de las ETTs en 1994⁸, no impidió ni su creación ni su funcionamiento. Como es sabido, a estas alturas era ya una práctica extendida y consolidada la actuación de este tipo de empresas, cuya emersión en nuestro sistema de contratación se había producido una década antes, plenamente toleradas por la Administración Laboral y por los Tribunales, que se mostraban extremadamente complacientes -o impotentes- respecto de una situación de inefectividad de la Ley conocida y declarada abiertamente por empresas integrantes de influyentes y fuertes grupos multinacionales.

La Ley 14/1994, de 1 de junio, que culminaba un proceso iniciado con el artículo 2 del Real Decreto-Ley 18/1993, que derogó el artículo 43 ET, sustituido por tal precepto, luego incluido en la Ley 10/1994, finalmente refundido en el nuevo texto del ET -RDLeg. 1/1995- otra vez como artículo 43, respondía, al margen de un dato técnico-organizativo (vg., cobertura o satisfacción de, pretendidas o reales; la fuerza de los hechos socio-económicos), a un dato de política jurídica comunitaria: desarrollo de las ETTs en múltiples países de la Unión Europea. Así, desde la Ley Holandesa de 1965, hasta la última en 1997 en Italia, se ha generado un cierto «acervo comunitario» en favor de estas empresas y de su actividad, justificándose en el omnipresente lema de la actual política de empleo y competitividad de la Unión. La liberalización de los mercados de trabajo resultaba también desde esta perspectiva, como ya sucediera en los propios orígenes del sistema económico capitalista, asentado en una doble ficción económica y jurídica del «trabajo humano como mercantil», una condición inexcusable para la mejora de la flexibilidad de la gestión de los «recursos humanos» en la empresa, según la palabra de orden de la actual era de la economía compleja e incierta⁹.

⁸ Y sin perjuicio de ciertas excepciones como la de los estibadores portuarios, en los que la cesión se reservaba a una empresa pública (OTP), utilizándose como auténtico mecanismo de intervención administrativa en este mercado sectorial de empleo.

⁹ Cfr. recientemente para un retorno a estos planteamientos clásicos J. E. MEDINA. *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*. Comares. 1999.

A tal fin, frente a los postulados de la dogmática clásica del contrato de trabajo, e incluso de la propia concepción de la empresa, basada en la idea de dualidad de partes contratantes, la legalización -mejor la «normalización» de una práctica social- del «prestamismo» o «*leasing* laboral» formalizó la existencia de una relación triangular especial entre tres sujetos: la ETT, la empresa usuaria o cliente y el trabajador. En su virtud la relación de prestación de servicios por cuenta ajena y subordinada prestada como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo, a partir de ahora, se sustituye y se reorganiza en estas situaciones mediante una compleja red de relaciones jurídico-contractuales y legales, mientras que la posición antes unitaria de empleador, ahora se desdobra en dos diferentes, pero vinculadas, asumidas por sendos empresarios o empleadores, uno directo, el que contrata formalmente, y otro indirecto, que utiliza efectivamente la prestación pero no contrata formalmente. Aunque las relaciones obligatorias, de origen contractual o legal según los casos, surgidas con ocasión del «trabajo temporal» presenta una propia sustantividad y autonomía formal y contractual, su vinculación en una estructura compleja unitaria es evidente, y encuentra su principal articulación, curiosamente, en un contrato no laboral sino mercantil, el contrato de puesta a disposición, eje contractual y organizativo sobre el que se articula la actividad misma de cesión de trabajadores. Al tiempo que se constituye en «el título jurídico que fundamenta la transferencia de poder directivo a sujeto distinto de quien se erige como empresario»¹⁰, si bien formalmente por cuanto, en última instancia, no deja de ser una ficción de interposición en el contrato de trabajo, anómala jurídicamente, aunque legal, y útil en el plano socio-económico o productivo.

No es pretensión de este análisis abordar esta compleja estructura, ni en su configuración ni en su funcionamiento, salvo los aspectos expresamente afectados por la reforma. Basta aquí con constatar cómo a través de esta alambicada obra de «ingeniería jurídica», que una vez más recurre a las técnicas clásicas del Derecho Común para producir efectos convulsivos en los propios principios del ordenamiento, como son la personificación y el contrato, se introduce una excepción a lo que se pretende sea la regla general, la prohibición de cesión de mano de obra *ex* artículo 43 LET, que se configura técnicamente como una auténtica reserva o monopolio de este ámbito del mercado de empleo temporal en favor de determinadas empresas. Ante los más que presumibles evidentes riesgos que una *forma de gestión indirecta y flexible de las relaciones de trabajo tan singular* está en condiciones de crear para la esfera jurídico-patrimonial, laboral y social, de los trabajadores, se evidenciaba con claridad la necesidad de compensar esta reserva legal con importantes y específicas intervenciones garantistas, en los diferentes planos, patrimonial, contractual, de protección social, de control público, sancionador..

Se trataba, pues, de crear un mercado de empleo temporal reservado pero fuertemente intervenido y controlado. De esta manera, además de la lógica normalizadora de una realidad socio-económica previamente existente pese a su manifiesta «ilegalidad» antes de 1994, la Ley 14/1994 expresaba una inspiración marcadamente transaccional: el reconocimiento de garantías patrimoniales y jurídicas a los trabajadores no puede ir en contra, antes al contrario debe ponderarse o equilibrarse con las exigencias empresariales de flexibilidad, y viceversa.

¹⁰ Cfr. F. VALDÉS. *Op. cit.* Pág. 41. Más ampliamente *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Las Empresas... op. cit. passim*, si bien no compartimos la configuración del empresario cliente como un simple sujeto que ejerce el poder por delegación, sin ser empleador.

Sin embargo, una vez más la práctica ha seguido un camino diametralmente opuesto al previsto por el legislador, si bien aprovechando claramente los resquicios abiertos por la propia legislación. Los problemas y disfunciones se han multiplicado. En efecto, tanto la regulación realizada con la Ley 14/994, de 1 de junio, que adolece de múltiples deficiencias de regulación, en el plano técnico y en el plano de las garantías reconocidas, cuanto el sistema de gestión actuada en la práctica por las ETTs, han llevado a un resultado alejado tanto de la concepción originaria del legislador cuanto de la experiencia europea -pese a que en gran medida las operadoras en España forman parte de multinacionales o de grandes grupos europeos-. El deseo empresarial irrefrenable de reducir costes fijos o estructurales, en todos los ámbitos, pero en particular en los factores trabajo ha desembocado en la generalización de prácticas jurídicamente anómalas de gestión de los recursos humanos, que se entienden, sin embargo, pese a su irracionalidad a veces incluso para la eficiencia en la gestión, como consustancial a las exigencias del mercado a que han de responder las empresas para sobrevivir, para mantener o mejorar su posición o ventaja competitiva.

Tan irracional y perjudicial situación, incluso para la propia estabilidad del sector, no podía dejar de motivar la alerta por parte de la Administración -control público- a través de la Inspección de Trabajo, cuanto de la Sociedad -control colectivo o social-, a través de la acción sindical, para evitar una significativa mutación del sistema de contratación, que ya ofrece de por sí muchas grietas y muchas vías de escape -fuga del Derecho del Trabajo-. En este sentido, el contraste con los procesos de reforma actuados a partir de 1997 era todavía más nítido, sobre todo en el marco de una reorientación de la contratación temporal en la dirección de una plena causalidad y un efecto sustitutivo de la misma por empleo más estable, pues en relación a otros fenómenos respecto de los que su delimitación hoy no aparece siempre tan clara como la norma parece pretender, la situación legislativa aparece inmodificada formalmente, lo que ha motivado incluso un desarrollo en la práctica, como sucede con la descentralización a través de subcontrataciones, filializaciones...¹¹.

Una vez más, según una aquilatada tradición histórica, la reacción procede de aquellos aspectos más graves y por tanto menos aceptables o tolerables socialmente: la inseguridad de las condiciones de ejercicio del trabajo en estas empresas. A esta reforma responde la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que incorporaba expresamente la Directiva 91/383/CEE, relativa a medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal¹². Se creaba, así, una situación especial que requería una regulación propia. Sin embargo, hubo que esperar para su efectividad hasta casi cuatro años más tarde, pues no es hasta 1999 cuando va a aparecer una regulación reglamentaria que trate de concretar estas obligaciones -art. 28.1 LPRL, que establecía el principio de igual protección en materia de prevención de riesgos-: Real Decreto 216/1999, de 8 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

¹¹ Cfr. la constatación en Aa. Vv. *Empresas de Trabajo Temporal*. Dossier Práctico Francis Lefebvre. 1998. Pág. 10.

¹² Aunque ya plantea algunos problemas de ubicación, puesto que si es adecuada su identificación o equiparación a los trabajadores temporales, es claro que debe encuadrarse también en relación al artículo 24 de la misma ley, relativo a la coordinación de las actividades empresariales, pues tan importante como el tipo de contrato -no tanto formal como material, por los efectos que conllevan de inexperiencia, precariedad, desincentivación...- es el lugar de prestación, que se realiza para otra empresa diferente, ambas obligadas en diferente grado.

Esta norma pretende básicamente:

- La indiferencia de la modalidad contractual a efectos de garantías de protección, según un principio de equiparación o paridad de tutela, lo que no debe entenderse en sentido formal sino efectivo o material, esto es, hay que atender a sus peculiaridades como medidas adicionales de protección, como camino para alcanzar la igualdad efectiva, ante una realidad práctica que constata un incremento adicional de la siniestralidad de estos trabajadores respecto del porcentaje, ya muy elevado, que afecta a los restantes. Desarrolla el artículo 28.1 tratando de delimitar y precisar las obligaciones de una y otra, dada la naturaleza compleja y triangular de esta relación ¹³. No obstante, ni una ni otra precisa el alcance de las responsabilidades, tampoco el Real Decreto 216/1999.
- Determinar las actividades y trabajos en los que en razón de su especial peligrosidad, no será posible la celebración de contratos de puesta a disposición, que deberán realizarse mediante la contratación directa y no mediante fórmulas de cesión. Se desarrolla de esta manera la Ley 14/1994, de 1 de junio, y no la LPRL, según lo que hubiera sido una técnica más correcta en atención a la especificidad de la Ley -primacía de la Ley especial sobre Ley genérica- (art. 2.1 y art. 8).

Ahora bien, si es más que evidente que la regulación efectiva, eficaz y fiable de la seguridad y salud en el trabajo es una absoluta prioridad en el ámbito de las ETTs, como en general en el conjunto de las formas de empleo temporal y/o «precario», no menos cierto es que, en relación a las ETTs, un ámbito de intervención normativa singularmente relevante es el relativo a los derechos de información, tanto individuales como, sobre todo, colectivos. En efecto, dadas las características de este amplio sector de la población activa empleado en las ETTs, entre las que destaca su falta de capacidad real para emprender acciones legales contra tales empresas y mantener acciones marcadamente reivindicativas, por la fuerte presión existente para «resignarse» con los excesos patronales como compensación al incremento de posibilidades de continuar en el puesto de trabajo o en otro empleo diferente, más difícil de encontrar en la difícil coyuntura actual fuera de este mercado reservado, al menos según la propaganda oficial de las empresas, se revela como especialmente necesaria la acción colectiva, vía sindical vía representación legal. Así, si en el plano de las garantías de los derechos de información individual, el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, formalizó las obligaciones de información como parte integrante de los contratos de puesta a disposición, como garantía de transparencia, más relieve tuvo la reforma del artículo 17 de la Ley 14/1994 en 1997.

A tal fin, para hacer efectivo el derecho a la tutela colectiva mediante los representantes, acción sindical, y en aplicación del AIEE de 1997, se reformó el artículo 17 de la Ley 14/1994, recogida luego en el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, a su vez Ley 63/1997. Esta limitada pero sig-

¹³ Obligaciones generales de información previa al ingreso -art. 28.2-; obligaciones de la ETT en materia de información y vigilancia periódica de la salud -art. 28.2 y 3 LPRL-, así como de formación -sobre cuya efectividad se han evidenciado muchas dudas por la propia práctica de funcionamiento de esta contratación, de inmediatez e incluso de urgencia-; de la empresa usuaria, tanto de información como de protección en los mismos términos.

nificativa reforma pretendía la equiparación de tuteladas colectivas a los de la empresa usuaria, si bien reducida a los aspectos vinculados a la actividad de los trabajadores en misión en la empresa usuaria. En este sentido, se atribuía a la representación de los trabajadores de esta empresa la gestión de las reclamaciones que, en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, realizaran los trabajadores de la empresa de trabajo temporal.

Pese a todo, el alcance extremadamente restringido de estas reformas, o integraciones, parciales de su régimen jurídico se mostraba incapaz de frenar o controlar, y mucho menos reorientar, la práctica organizativa y de gestión de relaciones de trabajo que se venía extendiendo de forma sistemática o masiva en la práctica totalidad de las empresas del sector. Junto a la búsqueda de la flexibilidad -adaptación permanente a las necesidades temporales de las empresas usuarias-, las ETTs se orientarán decisivamente, como se ha dicho, en la dirección de la eficiencia económica: instrumento de fijación de precios de la mano de obra al coste más barato para el mismo trabajo, revelándose éste como su principal incentivo para la mayor parte de las empresas clientes. La compleja relación triangular¹⁴ que resulta de la modalidad de contratación a través de las ETTs, ha implicado la «invención» de una gama creciente de prácticas gestionales que, anómalas jurídicamente, se revelan económicamente útiles para las empresas usuarias, como evidencian los siguientes datos estadísticos:

- La contratación mediante ETTs se está configurando progresivamente como una vía normalizada en la práctica de contratación, por cuanto casi la mitad de las empresas han utilizado sistemáticamente o en alguna ocasión este tipo de contratación. Y ello pese a la existencia de una doble tendencia restrictiva: cláusulas convencionales que o bien excluyen cualquier uso de esta modalidad de contratación para su ámbito de negociación o bien la restringen a supuestos particulares, excepcionales; cláusulas legales autolimitadoras en el ámbito del empleo público, sea de las Administraciones Públicas sea de empresas públicas, en determinados ámbitos territoriales -*vid.* disp. adic. 4 Ley 24/1997, de 26 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid-.
- Amplía el uso de contratos temporales de reducidísima duración, hasta incluso poder configurarse como auténticamente «marginales» -el 90% es inferior a un mes-.
- Evidencia significativos desajustes o desequilibrios tanto por razones de edad -74% menos de 30 años-, como por razones de sexo -60% hombres-.

¹⁴ Como es sabido, las relaciones que integran esta compleja estructura contractual son:

- ETT/Trabajador: contrato de trabajo.
- ETT/EU: contrato mercantil de puesta a disposición.
- EU/Trabajador: relación legal fundamentada de forma mediata o indirecta en los contratos anteriores (su carácter extralaboral para STSJ Castilla y León/Valladolid, 18-3-1997, ar. 578, que ofrece una visión amplia de la actividad permitida a las ETTs, diferenciada de la legislación laboral netamente por el carácter mercantil de la puesta a disposición; en ocasiones se ha considerado como «relación jurídica laboral de hecho»; en otras como «extracontractual»; para los más «jurídicamente incatalogable»). Sin embargo, parece claro que estamos ante una relación laboral nacida directamente de la Ley, por lo que, a falta de normas especiales, habrá que aplicar las normas generales del ET, considerando como empleador (indirecto) a la empresa usuaria. *Cfr.* para diferentes posiciones SsTSJ Madrid 19-2-1998, ar. 6000, y Cataluña, 22-1-1998, ar. 163.

Frente a estos efectos fuertemente segmentadores y diferenciadores, cuando no claramente discriminatorios, la reacción se va a producir ahora vía norma convencional, mediante la firma de un II Convenio Colectivo Estatal de ETTs -Texto Refundido publicado en el BOE 3-3-1997, vigente desde 1-1-1997 hasta 31-12-1999-, a través del cual, mediante ciertas modificaciones de importancia respecto del I Convenio -BOE 21-4-1995, aunque se preveía su vigencia retroactiva desde 1-7-1994, hasta el período final de 31-12-1996-, se pretende poner coto a algunas de estas prácticas. Así, en el plano de la técnica reguladora, uno de sus principales valores ha sido el de *racionalizar la estructura de la negociación colectiva en el sector*, excluyendo el recurso a la negociación colectiva de empresa -no así en la CA (vg., I Convenio Catalán de ETTs de 1998)-, desarrollada ante la inactividad de control de la Administración Laboral como vía para legitimar colectivamente buena parte de las prácticas de gestión flexible, aunque de dudosa legalidad, y en cualquier caso anómalas o irregulares, convertidas ya en uso habitual de las ETTs. Por otro lado, y en el plano de los contenidos normativos, especial mención merece, por su conexión con la nueva regulación, la activación en esta vía de gobierno consensuado de este sector del denominado, y ciertamente complejo y deficiente, «proceso de convergencia salarial», al final del cual debería llegarse a una significativa aproximación, que no igualdad plena, en esta materia entre trabajadores en misión y trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria ¹⁵.

Finalmente, el último momento de «re»-regulación de las ETTs por vía legislativa, antes de la Ley 29/1999, y respecto de una cuestión importantísima sobre la que volverá a incidir ésta, es el que supuso la Ley 50/1998, a través de la cual se pretendía mejorar la ordenación de un elemento clave en toda la estructura reguladora del sector, pero que sin embargo, incomprensiblemente, había quedado muy deficientemente regulado: el régimen administrativo sancionador especial creado. A tal fin, para integrar algunas de las más importantes lagunas existentes en la legislación vigente, el artículo 38 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica los artículos 19 y 20 de la Ley 14/1994.

Quedan de esta manera prefiguradas, tanto en vía legislativa como convencional, la práctica totalidad de los aspectos más innovadores introducidos por la última etapa, aunque sólo por el momento, de este gradual y parcial proceso de reforma de las ETTs. Lo que amén de servir para comprender mejor la lógica inscrita en el articulado de la nueva Ley sirve, a nuestro juicio, para relativizar, respecto a los trabajadores, y desdramatizar, respecto de los sectores empresariales más críticos, el alcance de esta reforma. Al objeto de una exposición más coherente y ordenada del contenido de la Ley, en vez de respetar la sistemática de la Ley trataremos de agrupar sus diferentes reglas en atención a la finalidad u objetivo que trata de garantizar de forma prevalente, sin perjuicio de evidenciar en cada caso aquellos elementos que, como ya se ha observado, expresan una dirección flexibilizadora respecto de la regulación anterior. Finalmente, dedicaremos un breve apartado a poner de relieve algunos de los elementos que han quedado excluidos de la nueva regulación y que, sin embargo, constituyen otros tantos aspectos que requieren una pronta y eficaz intervención legal, que de retrasarse, incluso como vía de anticipación y facilitación, debería afrontarse por la negociación colectiva, en particular en un momento en que debe estar renovándose la negociación ante la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo vigente a finales de este año 1999.

¹⁵ Si el primer aspecto venía a anticipar los criterios de estructuración de la negociación colectiva previstos en el AINC, que forman parte de la reforma laboral de 1997, el segundo crea el caldo de cultivo social necesario para impulsar la reforma laboral de 1999, lo que permite relativizar sus efectos convulsivos.

III. LAS NUEVAS GARANTÍAS LEGALES RECONOCIDAS POR LA LEY 29/1999, DE 16 DE JULIO: UN CUADRO DE LUCES Y SOMBRAS

1. Valoración global de la Ley 14/1994: deficiencias técnicas y desequilibrios de protección.

La regulación legal en España de las ETTs, según una opinión ampliamente compartida por la doctrina, pese a las significativas diferencias de valoración, ha venido marcada por la existencia de múltiples y notorias deficiencias de ordenación normativa, con los evidentes problemas de falta de certeza y seguridad jurídica que ello genera, tanto para el funcionamiento transparente y leal del mercado, como para los derechos de los trabajadores contratados en este sector. Al mismo tiempo, la propia literalidad de algunos de sus preceptos más relevantes, como el relativo a los derechos de estos trabajadores, abría un amplio campo a la fantasía evasiva o elusiva de las empresas, con los consiguientes efectos perjudiciales sobre los estatutos jurídicos-individuales y colectivos de estos trabajadores, lo que no podía sino traducirse en una profundización legal de la segmentación del mercado de trabajo y en la multiplicación de los tratamientos desiguales y de los desequilibrios de protección social. Son, pues, tanto razones de orden económico como de carácter laboral las que obligaban a una revisión de la actual regulación.

Así, y a título de ejemplo cabe recordar las siguientes carencias:

- Una extremada, y en gran medida injustificada, diferenciación del estatuto de los trabajadores contratados a través de estas empresas, y de los trabajadores contratados también temporalmente pero por la empresa usuaria de forma directa. Lo que resulta particularmente manifiesto en materia de retribución, de modo que a trabajo de igual valor corresponden salarios muy diferentes, sólo porque la forma de acceso al empleo es diferente. Pero en general, las condiciones de trabajo son «de peor condición» que las del resto de los trabajadores, incluso temporales, lo que refuerza la evidenciada dualización socio-laboral al introducir no ya la diferencia entre estables o fijos y temporales, sino temporales contratados directamente y temporales contratados indirectamente mediante las ETTs. Sin embargo, esta situación no es intrínseca a la existencia de las ETTs, como acredita el análisis comparado de aquellas legislaciones europeas más avanzadas y con mayor tradición en esta materia¹⁶. Entre las cuestiones más significativas, es claro que la reducida duración de estos contratos pone de relieve una gravísima brecha entre el modelo regulador que orienta los actuales procesos de reforma, y por tanto la experiencia reciente de un mercado en el que crece la acción en favor de la estabilidad, mientras que en el marco de las ETTs este elemento se deteriora cada día más, lo que implica la necesidad de abrir un «período de con-

¹⁶ Cfr. A. L. MARTÍN SERRANO. «Tratamiento normativo de las empresas de trabajo temporal en el ámbito europeo». Aa. Vv. *Las empresas de trabajo temporal. Debate laboral de los interlocutores sociales*. Lex Nova-GEESTA. 1993; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *Cesión de Trabajadores y empresas de trabajo temporal*. MTSS. 1992.

vergencia» en materia de estabilidad. Por su parte, las importantes diferencias cuantitativas por razón de sexo y de edad, sin ser necesariamente discriminatorias en sí mismas, al margen de un análisis concreto de cada situación, sí son evidentemente preocupantes ¹⁷.

- Problemas de descoordinación en la ordenación de los diferentes aspectos de la relación laboral, consecuencia del inadecuado «reparto de poderes» que la estructura triangular implica. Así, aunque la LETT contempla esta idea de ruptura de la clásica noción de empresa y de empleador, basada en la atribución a un solo sujeto del entero universitario de poderes y funciones que implica la contratación laboral, luego no es coherente con esta idea en su desarrollo, por lo que plantea múltiples y serios problemas de articulación ¹⁸.
- La ineficacia de la regulación para resolver determinados problemas evidenciados en la práctica de estos últimos años. A este respecto, de particular importancia son las deficiencias y lagunas de las que adolece el sistema sancionador especial introducido por la Ley 14/1994, lo que si en términos generales ya es preocupante, lo es todavía mucho más en un ámbito de relaciones laborales en el que, junto con la actividad sindical, sólo una adecuada intervención controladora y represiva de la Administración puede suponer una mínima garantía de efectividad de estas normas, ante las especiales dificultades existentes en la práctica para el ejercicio de los derechos de acceso a los tribunales por parte de este peculiar colectivo, fuertemente resignado a su suerte y desconfiado respecto de las posibilidades de cambio a medio plazo mediante la acción colectiva.

Por otro lado, una mínima evaluación de la práctica social y empresarial de estas estructuras organizativas llevaría a una constatación de un claro desajuste entre las previsiones normativas, esto es, entre la representación normativa de la realidad jurídica de las ETTs, y la utilización práctica. Así, entre las más significativas están:

- Una extremada proliferación de ETTs que, cumpliendo estrictamente las garantías legal y administrativamente previstas, se mantienen en un nivel muy por debajo de contratación indicado para una mínima rentabilidad. Consecuentemente, cabe deducir que existe una fuerte disociación entre los objetivos declarados al constituir las ETTs y los fines realmente perseguidos con ellas.

¹⁷ El recurso a la doctrina más reciente sobre discriminaciones indirectas y sobre nuevos instrumentos de prueba, como la estadística, del Derecho Comunitario, en particular en la jurisprudencia consolidada del TJUE, así como del propio TCo, podrían servir para corregir jurídicamente algunas de estas situaciones. No obstante, es claro que deben ser la legislación y la negociación colectiva las que se planteen directamente este objetivo, si bien hasta el momento sólo se apunta para el futuro.

¹⁸ Vg., multiplicación de los lugares de trabajo, con sus efectos en materia de movilidad, funcional y geográfica; multiplicación de los sujetos implicados, con la consiguiente alteración del esquema tradicional de ejercicio de poderes, asunción de responsabilidades, cumplimiento de garantías individuales (p. ej., en materia de prevención de riesgos laborales) y colectivas... PÉREZ YÁÑEZ, R., «El reparto de poderes empresariales entre Empresa de Trabajo Temporal y Empresa Usaria respecto de los trabajadores en misión». *RL*, núm. 1. 1998.

- La práctica social ha revelado que en gran medida estas ETTs actúan como Agencias de Colocación y/o como Empresas de Selección de Personal, e incluso como Empresas de Inserción de Trabajadores, en particular jóvenes. Así, pese a la pretensión legislativa -adecuada o no, eso es otra cosa- de diferenciar conceptualmente todas estas figuras, la realidad es que se produce una fuerte vinculación entre estas actividades. Así, y respecto a su configuración como instrumentos de integración de trabajadores en el mercado de trabajo, y en particular en las empresas usuarias, se constata una creciente configuración de las ETTs como una fórmula atípica de período de prueba, más amplio del que se contempla en el ET y Convenios Colectivos, pero que la Ley no sólo no impide sino que incluso fomenta al prohibir cualquier cláusula que impida la contratación en cualquier momento por la empresa usuaria ¹⁹.
- La mayores ventajas en términos de utilidad económica que ofrecen las ETTs no se traducen tanto en la mejora de la flexibilidad, si bien también en esta materia no son descartables sus efectos, mediante la ampliación de las posibilidades de recurrir a la contratación temporal, incluso al margen de la regulación general, cuanto más bien en su rentabilidad o eficiencia económica, por cuanto permite una sensible reducción del coste del servicio de distribución o «suministro» que ofrece -vg., la mano de obra-.
- Las condiciones de éxito de las ETTs no residen en las ventajas que cabría deducirse de la legislación -vg., asunción del coste derivado de la función de contratación como tal (coste de selección, formación, profesional y de seguridad, gestión administrativa en materia de contratación, registro de los contratos, altas, bajas y demás obligaciones de Seguridad Social, responsabilidad directa y garantizada de las obligaciones laborales y de Seguridad Social); mejora de la calidad formativa de los trabajadores...-, sino las derivadas de ser una forma de exteriorización y precarización de las condiciones de trabajo -vg., minoración de costes directos e indirectos del trabajo; mayor flexibilidad en la finalización de la relación laboral, puesto que ella sólo tiene un contrato mercantil; la mayor indefensión *de facto* y *de iure* de los trabajadores de estas empresas-. El sistema de gestión competitiva de la mano de obra que diseñan y ponen en marcha se aparta, pues, del modelo proclamado oficialmente en sede político-legislativa y político-sindical, incluso económico-empresarial, de combinar flexibilidad con garantías para los trabajadores.
- La práctica social de estas ETTs está evidenciando también el incumplimiento en el plano real o efectivo, pese al respeto por lo general en términos formales, del deber de formación, tan singularmente configurado en la Ley 14/1994, hasta el punto de pretender convertirlo en uno de los principales activos del patrimonio de las ETTs, por tanto, su principal ventaja competitiva. En efecto, como se desprende de un estudio detenido de las estadísticas hoy disponibles, por regla general, las ETTs no asumen a sus trabajadores «en misión» como auténticamente «propios», esto es, de «estructura» o internos, por lo que no puede garantizar el objetivo de ofrecer trabajadores que, tras adecuados procesos de formación continuada y rica o aquilatada experiencia profesional, se presenten como los más preparados o

¹⁹ Cfr. F. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ. *Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra*. Editorial Lex Nova. Valladolid. 1994.

competentes profesionalmente, seguros -conocedores de los riesgos en su oficio- y polivalentes -garantes de las exigencias de flexibilidad demandadas por el mercado a las empresas usuarias en cada momento-. No obstante, y como veremos, la nueva legislación más que reforzar la vigencia social de este deber legal supone una importante restricción a la exigibilidad de este deber, normalizando lo que no era sino una práctica ilegal.

- Pese al principio de equiparación que preside la regulación actual de la prevención de riesgos laborales, estas empresas se encuentran, junto con los trabajadores temporales en general, entre aquellos lugares de trabajo que ofrecen un mayor índice de siniestralidad laboral. Por tanto, estas empresas, que asumen un significativo deber de formación, ofrecen un servicio manifiestamente inseguro con el coste social, personal y económico que de esta situación se deriva, y cuya reducción, al menos formalmente, aparece como uno de los principales objetivos de la actual política laboral, insistiendo en la adopción de «planes de choque» que, vía preventiva, contribuya decisivamente a minorar sensiblemente las altas tasas de accidentabilidad, incluso de carácter moral, que sufren nuestros trabajadores y, por tanto, los elevadísimos costes, directos e indirectos, que se derivan de esta auténtica «lacría social» de nuestro sistema de relaciones laborales.

Paliar o corregir algunos de estos defectos de regulación y desajustes de funcionamiento práctico, si bien de modo parcial, con fortuna desigual y de forma progresiva o gradual, constituye uno de los objetivos básicos de esta nueva Ley. El otro objetivo, como ya se ha indicado, es el de servir de instrumento regulador de la competencia en este mercado, a través del efecto expulsivo de determinadas empresas hoy operantes en el sector que se espera tenga esta Ley. Así, podemos ordenar o intentar clasificar su contenido en atención a las principales garantías jurídicas que pretende introducir, sin perjuicio de reconocer en diferentes reformas también diversas finalidades u objetivos, tanto en una dirección garantista, sea de la seguridad jurídica de la relación sea de la igualdad de derechos de los trabajadores, cuanto en otra más flexibilizadora. Pero también esta norma tiene muy en cuenta el interés general de optimización del mercado de empleo temporal reservado a estas empresas, de modo que entre sus objetivos de política jurídica se contemplan con especial fuerza la búsqueda de una mayor transparencia y competencia leal.

2. Las nuevas garantías legislativas en clave de SEGURIDAD JURÍDICA: las vías.

2.1. Revalorización del control de una «estructura organizativa adecuada» como garantía de cumplimiento efectivo de las obligaciones empresariales.

Como es sabido, el artículo 2 de la Ley 14/1994, en su apartado 1, letra a), fija entre los requisitos necesarios a acreditar por las empresas que pretendan obtener autorización administrativa, necesaria para ejercer la actividad de cesión, el disponer de una «estructura organizativa» que le permita cumplir las obligaciones asumidas como empleador. De esta manera, y en aplicación de una

conocida, aunque equívoca, jurisprudencia se introduce un elemento fundamental para prevenir frente a una de las principales vías seguidas en la práctica empresarial con objeto de eludir las obligaciones económicas y contractuales de los empresarios.

En efecto, a este fin de reducir a la mínima expresión los costes derivados de la contratación laboral, sea en el ámbito retributivo -vg., salarios- sea en el de la protección social -vg., cotizaciones sociales- o se trate de la acción sindical -vg., financiación estructural representativa y sindical en la empresa-, así como en relación al complejo sistema de responsabilidades ligado a la existencia de un conjunto de contratos de trabajo, las modernas organizaciones empresariales se han visto incentivadas para reducir al mínimo sus plantillas. Y si bien este resultado puede realizarse a través de diferentes modos, uno de los principales caminos seguidos ha sido el de desplazar o «exteriorizar» hacia otras empresas los riesgos de organización y gestión de las actividades o servicios más intensivos en recursos humanos.

El supuesto extremo es el de aquellos sujetos dedicados a la «mera interposición entre el trabajador y la empresa» beneficiaria de tales servicios, prohibido legalmente -vg., art. 43 TRET-, sin embargo, las fronteras entre unos y otros no sólo son difusas sino que aparecen extraordinariamente móviles, tal como revela la legislación y la jurisprudencia recientes -*vid.* resoluciones administrativas, a raíz de intervenciones inspectoras o de control, y decisiones judiciales, sea del orden social sea en el ámbito contencioso-administrativo, a raíz de la impugnación de las sanciones impuestas por las autoridades laborales-. Uno de los elementos tradicionalmente destacados para diferenciarlos es la existencia o no de una auténtica «estructura organizativa» de la empresa que se dedica a la cesión, no obstante su carácter relativo para diferenciar la cesión ilegal de la legal -vg., subcontratación- (SsTS 19-11-1994, ar. 352; 12-12-1997).

En efecto, esto genera una serie de fenómenos paralelos que inciden fuertemente en la organización del mercado de trabajo. Así, por un lado, emergen una serie de empresas de servicios dedicadas única y exclusivamente a «suministrar» a las empresas denominadas productivas de todo tipo de actividades accesorias o complementarias -vg., limpieza, seguridad, mantenimiento, gestión informática...-. Las empresas usuarias o receptoras -empresa cliente- se ven, así, liberadas de la relación con el trabajador, que se encuentra vinculado formalmente, en cambio, a realidades cuya principal entidad organizativa reside en un dato formal -la personalidad jurídica-, pero que materialmente carece de una estructura de organización sólida, reducida en ocasiones nada infrecuentes a su mínima expresión -vg., persona encargada, organizador de turnos de trabajo, un servicio administrativo de personal para la tramitación de la documentación, un mínimo número de agentes comerciales para la captación de clientes- y cuyo patrimonio se limita habitualmente a una oficina, frecuentemente arrendada, y al material propio de la misma.

No extraña pues que el requerimiento de una «estructura organizativa» sea un requisito básico como garantía de un funcionamiento adecuado en el plano económico-empresarial, que aleje este tipo de cesiones de la pura función interpositoria -*vid.* SsTS 18-3-1994, ar. 2548; 31-10-1996, ar. 8186; 19-11-1996, ar. 8666; 21-3-1997, ar. 2612-. Ahora bien, la clara conciencia de buena parte de las empresas del sector que su función se agota o se reduce en la interposición, que hoy puede

realizarse con una organización mínima, debido a los avances de la comunicación y nuevas tecnologías de gestión, esta estructura es vista como una simple imposición administrativa que contraría los más elementales principios empresariales, de reducción de estructuras y de costes, por lo que se cumple de la forma más estricta posible, incluida su frecuente simulación con las formas más variadas. Un problema que todavía resulta más grave si se tiene en cuenta que la obligación de mantenerla supone un incremento de costes que, por tanto, obligaría a una subida de precios repercutibles sobre las empresas usuarias, lo que, se dice, rendiría en última instancia en la pérdida de competitividad. Pues bien, en una clara dirección tuteladora y garantista de la seguridad jurídica que la existencia real de esta estructura puede realizar, la reforma refuerza esa estructura y su obligación de mantenimiento a lo largo del tiempo, al tiempo que precisa con mayor claridad y concreción los elementos a tener en cuenta por la Autoridad Laboral a los efectos de constatarla.

Por otro lado, es también manifiesta y extendida la tendencia a convertir puestos fijos de la empresa en puestos con elevado índice de rotación, precisamente una de las principales características y más perjudiciales de nuestro sistema de contratación. Por lo tanto, una medida que pretenda realmente reforzar tanto la estabilidad mínima de estas plantillas como dar una mayor seguridad sobre la entidad real de la estructura, en base a la existencia de esta plantilla mínima de personal, debería establecer la obligación de contar con un cupo mínimo o una dimensión ocupacional suficiente. Precisamente, desde ambas perspectivas, se entiende bien la doble reforma introducida del artículo 2 de la Ley 14/1994, a través de la incorporación de dos nuevos párrafos al apartado 1 del artículo 2, en orden a conseguir mejorar la seguridad jurídica y el empleo de los trabajadores de estructura.

A estos efectos, la incorporación de un segundo párrafo introduce elementos que permiten una mayor precisión y concreción a la hora de apreciar la suficiencia o adecuación de la estructura organizativa. La expresión legal no dejaba de ser un concepto jurídico indeterminado, cuya interpretación se abandonaba a un amplio margen de interpretación por parte de la Autoridad Laboral en el procedimiento de autorización²⁰. Por su parte, con el nuevo tercer párrafo se pretende, entre estos factores constitutivos de mayor estabilidad y certeza de la estructura organizativa empresarial, dar prioridad a la estabilidad de los trabajadores contratados para prestar servicio bajo su dirección -vg., trabajadores de estructura-, exigiendo un número mínimo en atención al número de trabajadores contratados en el año inmediatamente anterior -vg., 12 trabajadores de estructura por cada 1.000 en misión-²¹.

²⁰ El segundo párrafo del apartado 1 tiene el siguiente tenor:

«A efectos de apreciar el cumplimiento del requisito relativo a la estructura organizativa, se valorarán la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa para desarrollar la actividad planteada como objeto de la misma, particularmente en lo que se refiere a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales. Para esta valoración se tendrán en cuenta factores tales como la dimensión, equipamiento y régimen de titularidad de los centros de trabajo; el número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la empresa de trabajo temporal; y el sistema organizativo y los procesos tecnológicos utilizados para la selección y formación de trabajadores contratados para su puesta a disposición en empresas usuarias».

²¹ A tenor de este nuevo párrafo:

«En todo caso, la empresa de trabajo temporal deberá contar con un número mínimo de doce trabajadores contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos estables o de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior, computados teniendo

No obstante, esta segunda regla, pese a su importancia, tiene unos efectos mucho más limitados en la práctica de lo que pudiera pensarse a primera vista, y resulta claramente insuficiente, al menos por dos razones. Primero, porque el número requerido de trabajadores de estructura es extremadamente reducido, hasta el punto de que, al menos en las grandes empresas del sector, su efecto prácticamente va a neutralizarse completamente. Lo que revela, una vez más, no sólo la lógica transaccional que preside esta nueva regulación sino la dimensión reguladora de la competencia que persigue, pues es claro que donde puede tener algún efecto esta medida es en las pequeñas empresas. Segundo, porque no se fija ningún porcentaje o cupo mínimo obligatorio respecto de los trabajadores «en misión», que son precisamente los que más sufren la precariedad. La Negociación Colectiva, o una posterior reforma, deberían introducir también reglas sobre la dimensión ocupacional mínima de las ETTs respecto de sus trabajadores puestos a disposición, tanto como garantía de estabilidad, por tanto de seguridad, en el empleo, cuanto de calidad de la formación o competencia profesional de este tipo de trabajadores.

La Ley 29/1999 contempla, además, otras dos medidas reformativas de la regulación prevista en el artículo 2 de la Ley 14/1994, inspiradas tanto en este objetivo de seguridad jurídica como sobre todo de mejora de la actividad de control por parte de la Administración Laboral, de la existencia de esta estructura organizativa adecuada, tanto en el momento inicial de la primera autorización cuanto en todo el período de disfrute de la misma. Así, y como veremos más abajo, el apartado 4 incorpora una de las principales reivindicaciones de los sindicatos, una mayor implicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en todo el proceso, si bien mediante una vía más limitada de la que se requería, el apartado 5, que se añade, prevé una *garantía de efectividad de la obligación de mantener la estructura organizativa a lo largo de todo el ejercicio de la actividad*. A tal fin, se introduce un procedimiento de oficio de extinción total o parcial de la autorización, con las debidas garantías de audiencia de la ETT y representantes de los trabajadores de ésta.

Aunque en el sector de las ETTs pueda entenderse que este procedimiento administrativo de verificación de la estructura puede suponer una excesiva rigidez en la gestión de esta actividad, por cuanto le obligaría a mantener una estructura de forma continuada al margen de su volumen de actividad real, es clara la necesidad de una medida de este tipo. Así, y al margen de la necesidad de haber arbitrado también un procedimiento especial y ágil para poder solicitar la modificación de la estructura sin incurrir en infracción ni perder la concedida, siempre y cuando reúna los requisitos mínimos, función que en cierta medida podría tener alguna cabida en el artículo 2.5, no cabe duda que esta vía debería ser un elemento que acabe definitivamente con una práctica relativamente frecuente en el sector, cual es que la selección no es realizada por la ETT, sino por la empresa usuaria. La razón de ser de esta práctica es clara: prima el afán de la empresa cliente de buscar únicamente la

en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de trabajadores cedidos, dividido por trescientos sesenta y cinco. Este requisito mínimo deberá acreditarse para la concesión de la primera prórroga anual, y mantenerse en lo sucesivo adaptándolo anualmente a la evolución del número de contratos gestionados».

Como se sabe, las ETTs organizan laboralmente su actividad en torno a dos tipos de trabajadores: internos o de estructura, aquellos cuya función se integra en la propia estructura de gestión y organización de la empresa de trabajo temporal, y externos o en misión, aquellos otros cuyos servicios se prestan en las empresas usuarias, si bien en ambos casos son contratados por las ETTs.

interposición formal en el contrato con el trabajador, permitida legalmente mediante el reconocimiento de la persona jurídica autónoma de la ETT, exclusivamente para beneficiarse de las ventajas legales y prácticas que dicha interposición conlleva en relación al coste de la hora de trabajo -vg., flexibilidad del contrato mercantil de puesta a disposición frente al contrato laboral y disminución de responsabilidades-. Se vanifica, así, en vía práctica, la aplicación de la doctrina legal relativa a los dos tipos de cesión de trabajadores, de modo que la mera interposición nominal de la ETT sin contar con una mínima estructura organizativa exigible debería considerarse como una cesión ilegal o prohibida *ex* artículo 43 TRET -STS 21-3-1997, ar. 2612-.

2.2. *Garantía de certeza de la causa: equiparación legal de los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición al artículo 15 ET.*

Otro de los elementos particularmente caracterizadores del mercado de empleo propio de las ETTs es el limitarse, como su propio nombre indica, a la cobertura de necesidades estrictamente temporales de personal por parte de las empresas usuarias o clientes, de ahí que su regulación diferenciada se articule en torno a un conjunto de disposiciones orientadas a garantizar esa limitación de su campo de actuación. El contrato de puesta a disposición es siempre temporal, a diferencia de lo que puede suceder con el contrato de trabajo que, en la previsión legislativa y en la negociación colectiva -no así en la práctica en la que aparece no sólo temporal sino de duración pírrica, residual- puede ser temporal o indefinido, posibilitándose que el trabajador indefinido pueda ser cedido con carácter temporal a varias empresas clientes, en cuyo caso deberá recibir, cada vez que preste servicios en una empresa, la correspondiente «orden de servicios» - art. 15.3 RETT-.

Los supuestos de utilización de contratos de puesta a disposición constituyen una lista cerrada, establecida en el artículo 6.2 LETT. Aunque no se trata de auténticas modalidades de contratación laboral temporal, sino de modalidades de un contrato mercantil como es el contrato de puesta a disposición, la enumeración precedente venía a coincidir a grandes rasgos con la lista del artículo 15 ET, que regula los supuestos de contratación temporal por necesidades estructurales. Por tanto, antes de la reforma, coexistían dos regulaciones diferenciadas para una misma o similar realidad: el trabajo temporal por necesidades de la producción.

Por otro lado, y de forma adicional, el artículo 8 LETT establece una serie de limitaciones de uso que suponen técnicamente verdaderas prohibiciones de contratar bajo esta modalidad. En este marco, los imperativos establecidos por la letra b) del artículo 8 LETT, relativa a la realización de las actividades y trabajos de especial peligrosidad, determinados reglamentariamente, han sido desarrollados por el artículo 8 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero. Por lo que respecta al contrato de trabajo, se permite el recurso a cualquier modalidad contractual, salvo el contrato de formación. Además, si el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador es temporal se hace necesario que el contrato de trabajo y contrato de puesta a disposición coincidan en el tiempo -art. 10.1 LETT-, según una vinculación que plantea diversos problemas, como los derivados de la extinción anticipada de uno de los dos contratos, las limitaciones que pueden imponerse recíprocamente... Cabe así, pues, la duda de si la coincidencia requerida debe entenderse como coincidencia con el tiem-

po real del contrato de puesta a disposición o, al contrario, como tiempo contractual o pactado para el mismo, al margen de las eventuales vicisitudes que puedan motivar una extinción anticipada del mismo.

En definitiva, eran múltiples los problemas jurídicos suscitados en orden a la determinación de la causa y duración del contrato de puesta a disposición, así como la vinculación o «coligación» con la causa y duración del contrato de trabajo. De ahí que uno de los núcleos básicos de la reforma se haya centrado en aclarar esa situación, en la línea de lo establecido por una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, afectando tanto al artículo 6 cuanto al artículo 7. Por lo que respecta al primero de ellos, con el inequívoco objetivo de equiparar las tutelas y garantizar una mayor seguridad jurídica respecto de sus derechos, la nueva redacción dada al artículo 6.2 Ley 14/1994 establece una identificación de las modalidades susceptibles de contratación con el artículo 15 ET, saliendo así al paso de algunas dudas doctrinales sobre su ámbito y alcance de los contratos de puesta a disposición, que se había entendido más amplio. La técnica reguladora mediante listado cerrado y relación específica de supuestos de utilización de los contratos de puesta a disposición, ahora, se sustituye por una técnica de remisión normativa al contenido de otra Ley, el artículo 15 LET²².

En efecto, dada la vinculación y la similitud de los supuestos previstos en el contrato de puesta a disposición con los de contratación laboral temporal, se había planteado el interrogante sobre si la regulación específica abría nuevas posibilidades respecto a la regulación genérica del ET, respecto de la cual ofrecería una cierta autonomía y una mayor flexibilidad. Así, se ha producido una fuerte polémica entre:

- Quienes aceptaban esta diferenciada regulación, tanto:
 - Por razones literales -no hay una coincidencia total, literal, como sucede con la carencia del requisito de que la obra o servicio tenga autonomía o sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa; se establece una duración máxima fija para el contrato eventual, sin referencia a ninguna posibilidad de variación en la negociación ni arco temporal; no figuró nunca el contrato para lanzamiento de nueva actividad en el artículo 6.2 a diferencia del artículo 15 antes de la reforma del Real Decreto-Ley 8/1997, luego convertido en Ley 63/1997 (STS 3-6-1996, ar. 4873); el relativo a la cobertura temporal de un puesto de trabajo permanente durante el proceso de selección o promoción no se recoge formalmente en el artículo 15.1 ET, pero sí estaba incorporado por el artículo 4 del Real Decreto 2546/1994, de desarrollo²³.

²² El nuevo artículo 6.2 tiene el siguiente tenor:

«2. Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores».

²³ Este Real Decreto ha sido derogado por el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada, en la redacción que le diera la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. En él también se incorpora el contrato de interinidad por cobertura de vacante durante el proceso de selección, por

- Cuanto por razones sistemáticas -la vinculación de la duración de uno y otro abre la vía a una extinción anticipada que en sí misma representaría una causa extintiva no regulada en la legislación laboral general-.
- Así como por razones teleológicas -la especialidad de esta relación triangular supone un plus de flexibilidad en la contratación que la Ley pretende fomentar o promover, por lo que habría una cierta contradicción entre lógicas reguladoras que debe resolverse en favor de la *lex specialis* respecto de la *lex generalis*-²⁴. Un criterio que aporta evidentes ventajas para las ETTs desde la flexibilidad de gestión, tanto en la contratación, al ampliar los supuestos de contratación temporal, cuanto en la extinción, por cuanto que esta desvinculación de las razones estructurales permitía una finalización anticipada del contrato de trabajo, cuando finalizara el contrato de puesta a disposición, que abría la vía del desistimiento o resolución del contrato por esta causa, sin perjuicio de la indemnización de 12 días por año -art. 11.1 b)-.
- Quienes aplicaban de forma íntegra la disposición adicional 1.ª LETT, que considera como Derecho Supletorio el ET, por lo que ha de entenderse plenamente vigente en este ámbito el artículo 15 ET -particularmente contundente STSJ Castilla-La Mancha 21-9-1998-.

El TS habría tenido la oportunidad de mediar en este asunto, estableciendo con toda firmeza que la cesión de trabajadores para prestar servicios en la empresa cliente, objeto del contrato de puesta a disposición, no puede dejar de fundamentarse en alguna de las causas tasadas de contratación temporal previstas en el artículo 15 ET, reconociendo la consiguiente identificación entre ambos, de forma que la causa de uno -contrato de puesta a disposición- se proyecta o transparenta en la causa del otro -contrato de trabajo-. En este sentido, la ilusión óptica generada por la ficción legal de interposición en la prestación de servicios que supone la existencia de una ETT, si ciertamente cabe aceptarla por su reconocimiento legislativo, no cabe en cambio extremarla hasta el punto de incomunicar por completo su causalidad, por cuanto, a juicio de los Tribunales y de la Administración Laboral, no estamos ante un instrumento para alterar o modificar el régimen general sobre contratación temporal, sino ante una diferente vía o modalidad de llevar a cabo tales contratos, en unos casos de forma directa y en otros de forma indirecta o exteriorizada, esto, desplazando la función de contratación temporal de la empresa usuaria (EU) hasta el de la ETT -STS 4-2-1999, dictada en casación de doctrina, fj. 4.º, ar. soc. 1594; STSJ Madrid 19-2-1998, ar. 600; art. 16.2 CC/1997-.

«razones de seguridad jurídica». Razones de seguridad jurídica que no fueron tenidas en cuenta por la STS, Sala Contencioso-Administrativa, 9 de diciembre de 1998, por la que se convalidaba esta incorporación pese a la falta de cobertura en el artículo 15 ET, en base a la previsión, paradójicamente, del artículo 6 de la Ley 14/1994, reguladora de las ETTs.

²⁴ Cfr. S. DEL REY GUANTER-F. LEAL PERALVO. «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». *RL*. 1996-II.

Del mismo modo, ahora han de entenderse plenamente aplicables los requisitos de autonomía y sustantividad propia en el supuesto del contrato de obra o servicio determinado, dada la remisión en bloque a la regulación del artículo 15 ET, a diferencia de lo que sucedía en la regulación ahora modificada, que no mencionaba tales requisitos, sí previstos en la legislación laboral general -arts. 15.1 a) TRET y 2 RD 2720/1998-. Sin duda, esta falta de previsión -laguna legal para unos, silencio elocuente para otros- ampliaba enormemente las de por sí ya amplias posibilidades de recurso a este contrato, como prueba el análisis estadístico. Diversas decisiones de los TTSSJ han entendido que el artículo 6.2 de la LETT, al indicar de modo cerrado o tasado los contratos de puesta a disposición y no prever esa exigencia, debe descartarse su aplicación, sin posibilidad de acudir a la disposición adicional 1.ª, por cuanto estamos ante una regulación expresa de un supuesto de forma diferente -SsTSJ Madrid, 2-7-1997-. La nueva regulación no sólo lo hace plenamente aplicable al contrato de trabajo, sino incluso para el contrato de puesta a disposición.

Un problema creado por la nueva regulación, y que por tanto genera, al contrario del objetivo perseguido, inseguridad jurídica, es el relativo a determinar si las empresas usuarias podrán recurrir a las ETTs para la celebración de un contrato de interinidad por cobertura de vacante durante el proceso de selección. En efecto, la eliminación de la lista de supuestos específicos y remisión en bloque al artículo 15 ET, en el que sigue sin contemplarse expresamente tal supuesto, a diferencia de lo que sucede en su desarrollo reglamentario -vg., el vigente RD 2720/1998, de 18 de diciembre, y ya antes el de 1994 que deroga-, pudiera hacer pensar que tal posibilidad se excluye. En este sentido, mientras que el artículo 7.1 remite al bloque normativo del artículo 15 y sus disposiciones de desarrollo para estas modalidades de contratación temporal, el artículo 6.2 sólo lo hace expresa y formalmente al artículo 15 LET, en la redacción que le diera la Ley 63/1997, de 26 de diciembre.

Paradójicamente, en la norma reglamentaria se incorpora el contrato de interinidad por cobertura de vacante durante el proceso de selección, por «razones de seguridad jurídica». Razones de seguridad jurídica que no fueron tenidas en cuenta por la STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 9 de diciembre de 1998, por la que se convalidaba esta incorporación pese a la falta de cobertura en el artículo 15 ET, en base a la previsión, paradójicamente, del artículo 6 de la Ley 14/1994, reguladora de las ETTs. Por lo tanto, eliminada del ordenamiento esta regulación se suscitan dos interrogantes: uno, relativo a la validez de esta regulación reglamentaria una vez que ha desaparecido su base legal, otro, si se admite tal validez, ¿cabría aplicar también esta posibilidad a los contratos de puesta a disposición? A nuestro juicio, de aceptarse la validez del Real Decreto en este punto, debería admitirse su proyección a las ETTs, por cuanto el propio artículo 6.2 remite a «los mismos supuestos» del artículo 15 ET, lo que no cabe entender, en virtud de la interpretación sistemática requerida por el artículo 3.1 del Código Civil, al margen de su bloque normativo, lo que además generaría una diferencia de trato que persigue eliminar el artículo 6.2 y la entera reforma. Otra cosa es, pero aquí no podemos detenernos en la argumentación, que la legalidad de este desarrollo reglamentario *extralegem* o *ultra vires* es ahora más que dudosa, por lo que quizá la respuesta más acorde con nuestro ordenamiento es la de negar tal posibilidad para ambas vías, la directa e indirecta, en tanto en cuanto se resista el legislador a introducirlo en el artículo 15 LET, pues es claro que su no previsión obedece más a una pertinaz resistencia a mantener un defecto técnico que a razones de fondo, pues entendemos que no quiebra el principio de causalidad.

En este mismo supuesto, un problema adicional que se plantea es el de la posibilidad de que las Administraciones Públicas, que son las que con mayor frecuencia lo utilizan, puedan acudir a esta vía, así como en general a las ETTs. A este respecto, y pese a la pretensión inicial de incorporar la prohibición general en esta Ley de Reforma, al menos según la reivindicación sindical, acogida por el propio Ministro de Trabajo, hay que poner de relieve que la Ley no incluye la prohibición expresa finalmente, aunque tal regla prohibitiva se recoge expresamente en el Proyecto de Ley de Contratos del Estado, si bien de forma matizada o condicionada, pues se contemplan ciertas excepciones para determinadas actividades de servicios complementarios, aunque tampoco, en tanto no se apruebe por el Parlamento, cabe entenderla como Derecho Positivo, a diferencia de lo que sucede en ciertas Comunidades Autónomas, donde tal prohibición sí consta ya para el personal a su servicio y de su competencia.

2.3. La garantía de seguridad del período de duración del contrato: una reforma ambivalente.

Por lo que respecta a la duración del contrato de puesta a disposición, fijada en el artículo 7.1 de la Ley 14/1994, que constituye otro de los preceptos clave para delimitar con precisión el carácter estrictamente temporal del volumen de empleo gestionado por las ETTs, la reforma sigue una vía técnica similar a la del artículo 6.2, por lo que remite la fijación del período de duración al bloque normativo constituido por el artículo 15 y el Real Decreto 2720/1998, con lo que en cierta medida se «laboraliza». Ahora bien, en este caso la remisión tiene un sentido mucho menos unilateral o lineal que el anterior, por cuanto no pueden descartarse ciertos efectos flexibilizadores con la aplicación de esta nueva regulación, en particular respecto del contrato eventual por circunstancias de la producción, masiva -y abusivamente- utilizado.

Para entender la razón de ser y la dinámica aplicativa de la nueva regulación conviene referir brevemente la situación precedente. En efecto, la LETT vincula la duración del contrato de trabajo de duración determinada con la del contrato de puesta a disposición. Ahora bien, establece unos límites de duración máxima que vienen a coincidir con las fijadas en el artículo 15. No se fijan, sin embargo, duraciones mínimas, ni tampoco la posibilidad de anticipación de la extinción del contrato en aquellos casos en que ha sido pactado hasta una fecha concreta. Sólo el artículo 41.1 del Convenio Colectivo aplicable a las ETTs -Resolución de 12-2-1997, de la Dirección General de Trabajo por la que se inscribe el II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, BOE 3-3-1997- abría un camino para facilitar el recurso al despido en casos de ruptura anticipada del contrato de puesta a disposición, si bien sólo para el contrato eventual por circunstancias de la producción ²⁵. En este

²⁵ La no aplicación de esta causa extintiva *ante tempus* no constituye tanto un vacío convencional cuanto, sobre todo, la constatación del deseo de los interlocutores de resolver un importante problema práctico: garantizar el acceso de los trabajadores afectados a la prestación por desempleo, sin necesidad de impugnar el despido, lo que constituiría un factor distorsionador del sistema de gestión flexible imperante en el sector. En efecto, mientras que para los otros tres supuestos de contratación el INEM se viene conformando para acreditar la situación legal de desempleo -RD 625/1985, art. 1.1 j- con la simple notificación empresarial al trabajador de finalización del contrato, en el caso del contrato eventual, al ser obligatorio la expresa fijación de un tiempo concreto de vigencia del mismo, obliga a la impugnación. Las disfunciones que, para su estrategia comercial y por distintos motivos, supone esta situación para las ETTs, que no deja de ser legal-

caso, al trabajador implicado se le reconoce el derecho a una indemnización de ruptura *ante tempus* del contrato, equivalente a 20 días por año de servicio -superior por tanto a la general de 12 días-, siempre que cuente al menos con cuatro meses de vigencia, que las causas determinantes de ello no sean imputables a la ETT y siempre que quede acreditada la finalización de la causa por la que fue contratado el trabajador -*vid.* STSJ Castilla-La Mancha, de 17-11-1997, ar. 4889-.

El TS, en la referida Sentencia 4 de febrero de 1999, fj. 3.º, habría resuelto el problema ya antes de la vigencia de la nueva Ley, manteniendo la aplicación, ciertamente a nuestro juicio de forma algo rígida, de la legislación laboral general para resolver el problema: entender que el contrato ha de estar sometido siempre a un tiempo cierto, de forma que el contrato debe respetar siempre el término, aunque haya desaparecido la circunstancia de hecho que justifica la temporalidad. Se descarta la interpretación flexibilizadora según la cual la duración queda condicionada a la subsistencia de la causa que lo justifica, que actuaría como una condición resolutoria tácita, o bien reconocer una facultad de opción, dentro del límite máximo, por sujetarse a un término o pactar una condición resolutoria vinculada a la subsistencia de la causa ²⁶.

Por tanto, la opción sólo puede estar en fijar un término concreto inferior o el máximo -vg., contrato eventual, contrato de interinidad por vacante durante el proceso de selección-, en cuyo caso ha de mantenerse, por lo que la solución del artículo 41 del Convenio Colectivo, que autoriza la extinción, antes del término del contrato, debe reputarse ilegal, puesto que contradice una garantía de estabilidad fijada por una norma de Derecho Necesario Relativo, esto es, de orden público laboral relativo, no disponible *in peius* por la autonomía colectiva -STS 4-2-1999, fj. 5.º- ²⁷. No obstante, y en aplicación de la regulación de desarrollo del artículo 15.1 c) -RD 2720/1998-, debería entenderse, si es que se considera que mantiene su validez, que es posible extinguir el contrato de interinidad por vacante en proceso de cobertura con anterioridad a dicho plazo si finaliza el proceso de selec-

mente la responsable de la realidad de las causas extintivas -STSJ Madrid, 19-2-1998, ar. 600; Cataluña 22-1-1998, ar. 163-, ha llevado precisamente a crear una nueva causa de extinción del contrato mediante convenio colectivo, lo que no sólo previene eventuales reclamaciones sino que neutraliza en la práctica la indemnización, por cuanto la previsión de una vigencia de cuatro meses como mínimo choca radicalmente con una realidad estadística que sitúa en el 90% los contratos que tienen una duración inferior a un mes.

- ²⁶ La interpretación según la cual el contrato por acumulación de tareas, en el caso de las ETTs, no debería expresar la duración exacta del mismo, debiéndose dar a la establecida un carácter estimativo u orientativo pero no vinculante, a tenor de los artículos 14 f) y 15. 2 f) Reglamento 4/1995, de desarrollo de la LETT, ya fue desechada por STSJ País Vasco, 28-1-1997, ar. 110. La práctica de dejar indeterminado el plazo de duración del contrato temporal por acumulación de tareas, pues, fue rechazada administrativamente -inadmisión de incorporación de cláusulas de este tipo por la Secretaría General de Empleo- y en el plano judicial.
- ²⁷ No obstante, el efecto flexibilizador de esta vía contractual de extinción anticipada es menor del que realmente puede entenderse a primera vista, por cuanto esta extinción *ante tempus* no se configura en realidad como no causal, sino antes al contrario sujeta a una causalidad cierta necesitada de acreditación o prueba. *Cfr.* STSJ Castilla-La Mancha 17-11-1997, *cit.* En cualquier caso, es obvio que la aplicación de esta regla puede suponer, en realidad, eludir el recurso a las reglas reguladoras de los supuestos de extinción de contratos por causas organizativas o de producción, esto es, el artículo 51.1 TRET, en caso de despido colectivo -vg., recurso al acuerdo colectivo y, en su caso, expediente de regulación de empleo-, o el artículo 52 c) TRET, en caso de despido objetivo -carta acreditativa de las causas, notificación a los representantes legales, puesta a disposición de la indemnización, que es de 20 días igualmente pero no condicionada a ningún período de vigencia previo-, que constituyen normas de orden público laboral.

ción o promoción y se cubre la vacante, por cuanto ello implica la finalización de la causa de la temporalidad, sin que la regulación vigente requiera un tiempo mínimo a fijar de forma expresa, sino tan sólo un límite máximo ²⁸. Fin del término pactado, al que habrá de estarse en virtud del principio de estabilidad en el empleo y de *pacta sunt servanda*, pues no es estimativo sino vinculante.

Lo contrario llevaría a una declaración de despido improcedente, siendo de aplicación la doctrina legal según la cual, al no ser posible la readmisión, habría que acudir a la otra componente del derecho potestativo reconocido al empresario en estos casos: la indemnización tasada en 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades -art. 56.1 a) TRET-, sin perjuicio de los salarios de tramitación correspondientes -art. 56.1 b) TRET- ²⁹. La posibilidad de accionar por despido a la empresa usuaria ha sido objeto de pronunciamientos contradictorios, vinculándose la adecuada resolución del problema a la posibilidad de considerar o no a la empresa usuaria como empleadora solidaria del trabajador ³⁰.

Es claro que la consolidación de esta doctrina, y su elevación a rango normativo con la nueva reforma legal, impactará como una auténtica carga de profundidad sobre algunos de los principios básicos del sistema de gestión instaurado, de forma absolutamente dominante, en la práctica social llevada hasta el momento por estas empresas en nuestro país. En particular, la posibilidad de trasladar íntegramente el riesgo del contrato a los trabajadores, mediante la vinculación incondicionada de la suerte del contrato de trabajo a la suerte del contrato de puesta a disposición, por un lado, y por otro, la garantía de inmunidad de la empresa usuaria respecto de los conflictos de gestión de la ETT, que se vería quebrada si ante eventuales demandas por despido de los trabajadores de las ETTs pudieran verse condenados solidariamente por la declaración de improcedencia, con las consiguientes consecuencias económicas. Por lo tanto, se verán obligadas bien a asumir directamente los costes que ello genere, si quieren mantener una política de competitividad basada en precios bajos, sin repercutirlo a las empresas usuarias, o bien autotutelarse frente a estas conductas de ruptura anticipada del contrato de puesta a disposición por la empresa usuaria, mediante cláusulas penalizadoras económicamente de las mismas pactadas expresamente. Ahora bien, en este caso, es igualmente claro que se afectaría negativamente a otro de los principios cardinales del sistema de gestión de recursos

²⁸ A tenor del artículo 4.2 b), párrafo 2.º, en tal caso «la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima».

²⁹ Cfr. STSJ País Vasco 17-3-1999 -cuya doctrina se vería confirmada por la STS 4-2-1999-, según la cual tal declaración, en cuanto se produce en un momento posterior a la fecha de terminación, eliminaría la alternativa por la readmisión, pero no la condena indemnizatoria, si bien se prevé que se deduzca la cantidad ya abonada como indemnización legal ex artículo 11.1 b) LETT, consistente en la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por cada año de servicio prestado. Cfr. la doctrina legal unificada a partir de la STS 29-1-1997, ar. 641; 28-4-1997, ar. 3584. Cfr. C. MIÑAMBRES PUIG. «Contrato de trabajo temporal y despido disciplinario improcedente: ¿Obligación de indemnizar?» *AL*, núm. 30. 1997.

³⁰ A favor STSJ Madrid 19-2-1998, ar. 600; contra TSJ Cataluña 22-1-1998, ar. 163, y Castilla y León/Valladolid, 18-3-1997, ar. 578.

operado por las ETTs, clave para entender su éxito actual: mantener la máxima libertad de decisión de la empresa usuaria, garantizando que podrá trasladar íntegramente los riesgos empresariales por la gestión del factor trabajo a las ETTs ³¹.

En una misma dirección restrictiva de la libertad de gestión de las ETTs, tampoco se ha considerado *ampliable la duración máxima* del contrato de puesta a disposición y, por tanto, la del contrato de trabajo, pese a que la aplicación de la legislación general así lo permitiría. Lo que ha de corregirse en estos momentos cuando ha cambiado la norma. En efecto, el TS, pese a considerar que se trata de los mismos supuestos en ambos casos, en ambas regulaciones, entiende que ambas normas difieren en el marco temporal de la relación laboral. El efecto que se produciría, si tras agotar la duración máxima de este contrato el trabajador continuara prestando servicios en la EU, es el específicamente previsto en la LETT, es decir, la consideración de que el trabajador quedaría vinculado directamente con la empresa usuaria con un contrato de trabajo de carácter indefinido -STS 3-6-1996, ar. 4873-.

De este modo, por aplicación de la disposición adicional 1.^a, antes, y ahora por lo dispuesto en la nueva regulación habría que entender ampliable tal duración a través de la negociación colectiva, dada la «convergencia normativa» no sólo en una misma situación de hecho sino de derecho, al identificarse la regulación y fundamentar una mutua dependencia de las respectivas normas de aplicación, al remitir la regulación específica en todos sus términos a la genérica. Lo que debería entenderse tanto respecto al contrato de puesta a disposición, pese a su dimensión mercantil -respecto del cual se ha entendido que no es aplicable ni subsidiariamente la normativa laboral, por lo que no cabría su ampliación por encima del término fijado legalmente-, no laboral, cuanto al contrato de trabajo -siempre que no estuviese rígidamente vinculado al mismo-, por autorizarlo la regulación general laboral, y ahora, implícitamente, la específica. Por tanto, si se quiere limitar o controlar esta vía de ampliación de la duración del contrato eventual, la negociación colectiva a la hora de negociar tal ampliación con carácter general para las empresas usuarias, deberán tener en cuenta esta situación, estableciendo las correspondientes garantías. Así, por ejemplo, y en el marco del capítulo convencional relativo a la política de empleo estable, se podrán establecer compromisos de las empresas usuarias o bien de no acudir a esta vía indirecta de contratación o bien de establecer períodos más reducidos en el caso de contratos celebrados por esta causa con ETTs, pues el convenio sí vincula a la empresa usuaria que no podrá celebrar contratos por encima del período pactado, debiéndolo incorporar en el contrato de puesta a disposición que celebre con la ETT, ésta no vinculada a un convenio colectivo ajeno.

Más dudas suscita la determinación de la validez o no de otra práctica contractual de las empresas orientada a eludir, o flexibilizar, los efectos de la fijación de un plazo de duración en los contratos por acumulación de tareas de los trabajadores en misión, de modo que permita materialmente la

³¹ Pese a todo, conviene no extremar el efecto práctico de esta doctrina judicial y nueva regulación legislativa, por cuanto el mantenimiento de una elevada tasa de flexibilidad, así como de altas cotas de traslado del riesgo a los trabajadores, vendrá asegurada lamentablemente, como sucede actualmente, por la fuerte resignación y por el elevado temor a la pérdida de empleo de los que adolecen estos trabajadores. Lo que se traduce en una falta de la adecuada conciencia de sus derechos y de la eficacia de su ejercicio, que reduce hasta límites mínimos el ejercicio de acciones legales en contra de estas prácticas absolutamente decimonónicas.

extinción anticipada de la cláusula de prórroga automática -es decir, el libre desistimiento con indemnización reducida de 12 días por año- o, en su caso, la continuidad del contrato hasta el límite máximo. Nos referimos a la fijación de un plazo inicial de duración del contrato temporal por acumulación de tareas, determinado por tanto pero breve, adicionando una cláusula de prórroga automática, para aquellos casos en que la causa originaria persistiera en el momento en que finalice la duración y hasta tanto se mantenga, siempre que no se rebasen los límites legales, naturalmente. Aunque la finalidad buscada por esta vía es la misma que la perseguida por otras vías consideradas ilícitas, la de facilitar la ruptura *ante tempus* del contrato, sin el riesgo de una condena por despido improcedente, en este caso habría de entenderse válida, pues la propia norma de desarrollo del artículo 15 prevé esta posibilidad. Así lo habría venido entendiendo desde octubre de 1995 la Secretaría General de Empleo, la Dirección General del INEM, que desde marzo de 1996 acordó el reconocimiento de la situación legal de desempleo, sin necesidad de acta de conciliación o resolución judicial, cuando el contrato eventual se extinguiera a tenor de la cláusula de prórroga automática incluida en el contrato, y una cierta jurisprudencia de los TTSSJ -SsTSJ Cataluña 17-2-1997, 30-1-1998-.

No obstante, la situación jurídica es más compleja que la definida por estas diferentes resoluciones, inspiradas básicamente por el principio de autonomía de la voluntad y por el de condición más beneficiosa, por cuanto la aceptación de la validez de una cláusula que sigue introduciendo un factor de indeterminación temporal en el concepto de eventualidad, cuando esta determinación temporal aparece como esencial. La falta de una especificidad concreta de las funciones del trabajador respecto de la actividad normal de la empresa, en la que se integra a diferencia del contrato de obra o servicio determinado, y su carácter difuso, de difícil prueba al no vincularse a un hecho externo nítidamente identificable o datable, a diferencia del contrato de interinidad, estaría en la raíz de la clásica doctrina legal según la cual el único modo de introducir un mínimo grado de certeza sobre la duración del contrato, por tanto de seguridad para los derechos de los trabajadores, es fijando un plazo, «que no debe alterarse por una imprevisión que no puede ser imputable al trabajador» -STCT 12-1-1983, recogida por STS 4-2-1999-.

Por tanto, y aunque tampoco cabe una afirmación tajante, pues admite el recurso «a las prórrogas cuando la duración fijada no supere la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal», entendemos más ajustada a Derecho, en aplicación de esta reciente doctrina legal afirmada por la STS 4-2-1999, la nulidad de una cláusula de tal tipo, de modo que en caso de falta de denuncia o existencia de acuerdo expreso al llegar al término inicialmente pactado, el contrato quedará prorrogado hasta el límite máximo -6 meses o el establecido como tal en convenio colectivo-, o al establecido en el acuerdo de prórroga si es inferior. Esta solución, además, no supone impedir la extinción anticipada del contrato ante la falta de causa real, puesto que esta vía siempre está abierta en virtud del artículo 52 c) ET, cuyo régimen legal resulta, así, igualmente respetado³². Por tanto, en

³² Cfr: Aa. Vv. *Empresas de Trabajo Temporal... op. cit.* págs. 108-109. Como señalan estos autores, la centralidad que este contrato está teniendo en esta lucha jurídica por mantener o reordenar las prácticas de gestión de las ETTs no es en modo alguno casual, sino que responde pura y llanamente a una realidad mucho más general de nuestro mercado: el recurso masivo al contrato de acumulación de tareas para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, pero garantizando una capacidad igualmente permanente de ajuste de la plantilla a las circunstancias del mercado. Este contrato, pues, viene a sustituir en nuestro sistema de contratación al ahora derogado contrato para el fomento del empleo estable. Una sim-

el caso de que el trabajador continúe prestando servicios en la empresa usuaria o cliente, una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, adquirirá la condición de indefinido en esta empresa -art. 7.2, que establece una presunción *iuris et de iure*-³³.

2.4. Medidas preventivas frente al riesgo de sustitución de empleo estable: nueva prohibición general para celebrar contratos de puesta a disposición.

Uno de los efectos principales de la tendencia a la exteriorización de las relaciones de trabajo, en cuyo marco se integran las ETTs, no obstante su configuración legal diferente, es la tendencia a convertir puestos fijos internos de la empresa en una contratación renovable, que periódicamente transforma las relaciones laborales fijas en temporales, sin que ni jurisprudencia ni normativa, con excepción de la negociación colectiva en determinados sectores, haya podido evitarlo -vig. aplicación art. 44 ET-. En este mismo contexto se enmarca la estrategia comercial o de *marketing* de las ETTs que, ansiosas por canalizar la mayor cantidad posible de empleo temporal del mercado español, lo que representa un altísimo porcentaje, se orientan en la dirección de suscitar amplias expectativas en las empresas clientes para sustituir el empleo fijo por empleo temporal. Ahora bien, tanto por vía de negociación colectiva, como por Ley se pretenden evitar estas situaciones de reconversión, de ahí que se prohíba su uso.

Así, junto a los artículos 6.2 y 7, la interpretación y aplicación del artículo 8 resulta absolutamente clave para garantizar la efectividad del objetivo legal de restringir el mercado al de necesidades temporales y no se extienda a la sustitución de la contratación indefinida, por lo que ha sido uno de los ejes donde se ha planteado el mayor conflicto de aplicación de la norma. Lo que ha sucedido sea en el ámbito judicial, aunque menos dadas las limitadas posibilidades de ejercicio de hecho de sus derechos por parte de los trabajadores, sea sobre todo en el ámbito sindical, así como por parte de la Administración Laboral. La nueva redacción dada a la letra c) del artículo 8, que recoge limitaciones que afectan al contrato de puesta a disposición, prohibiendo el recurso de las empresas a tal modalidad de contratación en distintos supuestos, pretende hacer más estricto el control sobre situaciones que no permiten este contrato. Por ello añade, junto a aquellos supuestos de extinción imputables al empresario solamente -vg., despidos improcedentes, despidos indirectos *ex art.* 50 ET-, o bien sean el resultado de situaciones de crisis económica -vg., arts. 51 y 52. c) LET-, un nuevo supuesto prohibitivo, aplicable a las diferentes modalidades de contrato de puesta a disposición,

ple lectura a las estadísticas lo confirma de forma irrefutable: si en 1996 se registraban 2.784.008 contratos de este tipo, en 1998 la cifra casi se dobla, al situarse en 4.113.998. Del mismo modo, si en 1996 los contratos de puesta a disposición celebrados por ETTs de carácter eventual eran 443.571, para 1998, casi se han triplicado, situándose en 1.071.914. Vid. estadísticas recogidas en la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral en España para 1998*. CES. 1999. pág. 233.

³³ Cfr. C. GALA DURÁN. «Supuestos y consecuencias de la utilización inadecuada de las Empresas de Trabajo Temporal». *RL*, núm. 19. 1998.

«cuando en los 18 meses anteriores a dicha contratación los citados puestos de trabajo hubieran estado cubiertos durante un período de tiempo superior a 13 meses y medio, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal».

De esta manera, el refuerzo de la seguridad en las relaciones establecidas se instrumentaliza a través de una cierta garantía de estabilidad, en la medida en que se quiere evitar que necesidades permanentes se cubran mediante el encabalgamiento de contratos de puesta a disposición. La demanda se dirigirá, en estos casos, y dada la responsabilidad solidaria que estas situaciones genera, a ambas empresas, la ETT y la empresa usuaria.

2.5. El deber de la ETT de asegurar una formación suficiente y adecuada: una reforma regresiva en lo profesional e inocua en materia de prevención.

Sin duda, una de las reformas más necesarias, por su vanificación en la práctica, pero que más perplejidad causan a la hora de interpretar la nueva Ley es la nueva redacción que hace del apartado 2 del artículo 12, así como de los nuevos apartados 3 y 4 que introduce. En realidad, con esta nueva regulación se generan dos situaciones preocupantes. Por un lado, o no se produce ningún avance significativo respecto de la situación legal ya existente en materia de prevención de riesgos laborales, por cuanto ni se progresa ni se concreta en la aplicación del artículo 28 LPRL y del Real Decreto 216/1999, cuyo contenido, a grandes rasgos, se limita a transcribir, por lo que resulta en gran medida superfluo técnicamente y, lo que es peor, ineficaz para resolver una preocupante situación real de inseguridad. Por otro, y esta situación es todavía más lamentable e incomprensible jurídica y socialmente, se realiza una regulación regresiva respecto de la anterior, porque se elimina la referencia expresa a la obligación de dar formación profesional suficiente y adecuada, lo que sólo puede encontrar explicación en la crítica empresarial realizada a este deber por su elevado coste y por su complejidad. No obstante, habrá que entenderla vigente, al menos con carácter formal, en cuanto que incluíble en la obligación que se mantiene de destinar anualmente el 1% de la masa salarial a la formación de los trabajadores en misión, además de la de cotizar por este concepto -art. 12.2 párrafo 1 LETT, redacción Ley 29/1999-.

En este sentido, el mantenimiento de esta obligación monetaria, así como la incorporación de reglas en materia de prevención de riesgos laborales, viene a ratificar una de las principales claves de la configuración legal de las ETTs, pero sin embargo extraña al funcionamiento ordinario de éstas. Hasta el punto de que estas empresas suelen considerar el específico deber de formación profesional o de proporcionar competencia profesional y de gestión de los riesgos laborales, más como una imposición administrativa que burocratiza su funcionamiento y encarece su gestión, que como un elemento básico sea para la creación de empleo, y de mayor calidad, sea ya como elemento central de lo que debería ser su ventaja competitiva en el mercado. Así, a tenor de la regulación vigente, la ETT se compromete a ceder temporalmente a un trabajador que ya ha de poseer la cualificación necesaria para desarrollar adecuadamente las tareas que implica el puesto de trabajo a cubrir. Ello es par-

ticularmente riguroso en materia de prevención de riesgos profesionales. Las obligaciones previas al contrato que se imponen a las ETTs, por tanto, no se limitan a las relativas a la selección de los trabajadores, sino que afectan prioritariamente a su formación.

Estas obligaciones se concretaban antes de la nueva Ley en:

- Inversión en formación. Al referido 1% legal el artículo 43.2 del Convenio Colectivo ha añadido otro 0,25% adicional para prestar especial atención a la formación en materia de riesgos laborales.
- Suministrar formación profesional suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, si bien se incumple sistemáticamente.
- Formación individualizada en prevención de riesgos profesionales con objeto de proporcionar la adecuada competencia de gestión de tales riesgos en el desempeño del puesto de trabajo. También esta obligación de formación previa es generalmente incumplida o, en el mejor de los casos, cumplida de forma defectuosa, al tiempo que la vaguedad de los términos legales, hacen difícil el control administrativo de las mismas de una forma conforme con la seguridad jurídica, lo que en este marco no puede sino tener efectos perjudiciales para la propia seguridad en el trabajo. Consecuentemente, se hacía preciso un desarrollo normativo que aclarara y precisara el contenido de la LPRL y de la LETT. Esta norma viene a hacer más intenso el deber de vigilancia y, por tanto, un mayor requerimiento para el control administrativo, tipificándose expresamente como infracción muy grave.

En este último ámbito, aunque la regulación de la Ley 14/1994, no precisaba la forma y la intensidad, cabía el recurso al artículo 28.2 LPRL, que requiere la suficiencia y adecuación, no basando un breve documento genérico sobre tipos de riesgos asumidos, que no es sino el cumplimiento del deber de información sobre riesgos que también pesa sobre la ETT. Esta advertencia presenta un gran interés práctico si se tiene en cuenta una práctica usual de las ETTs, en virtud de la cual se hace firmar documentos a los trabajadores en los que éstos, con evidente renuncia a sus derechos prohibida *ex* artículo 3.5 LET, manifiestan haber recibido formación suficiente y adecuada, sin concretar nada más, al tiempo que se entrega a los trabajadores igualmente fichas o documentos preestablecidos sobre riesgos laborales para sustituir con ellos su obligación formativa previa, que queda así vanificada. El contenido de estos documentos pocas veces, salvo puestos de trabajo requeridos de una mínima formación preventiva, puede entenderse cumplido. Consecuentemente, una adecuada reforma legislativa hubiera debido acudir a una técnica similar a la que ha guiado la reforma del artículo 2.1, respecto de la estructura organizativa, esto es, no sustituir el concepto jurídico indeterminado sino precisarlo o concretarlo para hacerlo más fácilmente exigible.

En este sentido, bajo el telón de fondo que inspira la reforma, cabía esperar una regulación política y técnicamente garante de una mayor seguridad en el disfrute de sus derechos de protección a la prevención, mediante el refuerzo de las obligaciones de formación y mediante una mayor coor-

dinación, fijando con precisión estos deberes de información previa de las empresas usuarias. En este sentido, la nueva redacción, además de reforzar la responsabilidad de la ETT en el coste de la formación preventiva, se limita a garantizar un deber particularmente riguroso de diligencia para verificar la posesión de la formación adecuada o, en caso contrario, de facilitarla, pero de forma todavía extremadamente genérica, en línea con lo ya establecido en el artículo 28.2 LPRL y el Real Decreto 216/1999. En este sentido, se prevén tres condiciones que han de regir el deber de suministrar formación preventiva, si el resultado del deber de verificación es negativo, esto es, revela carencias:

- La realización a su cargo podrá hacerse «con medios propios o concertados», por lo que respecta a la modalidad, y
- Por el «tiempo necesario», en relación a la duración del período formativo, configurando este período temporal en todo caso como «parte de la duración del contrato de puesta a disposición».
- El momento de realización de la formación será siempre previo al desarrollo efectivo de la prestación de servicios profesionales, lo que es plenamente coherente con la finalidad preventiva buscada por la normativa vigente. Ésta se vería claramente frustrada si la formación fuera simultánea o, lo que es peor, posterior al desarrollo del puesto.

Ahora bien, como hemos advertido, la reforma introduce un injustificable factor de incertidumbre interpretativa, por tanto de inseguridad jurídica, así como de regresión respecto a la normativa precedente. Sin duda la proximidad entre los contenidos del artículo 28 LPRL, y su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 216/1999, y los del artículo 12.2 LETT, y la propia trascendencia o actualidad del tema de la mejora de la prevención, habría llevado a una máxima confusión al legislador, que con la nueva redacción parece dar a entender que se refieren a la misma obligación y que, por tanto, la regulación del artículo 28.2.2.º LPRL habría venido a sustituir a la propia del artículo 12.2 LETT en su versión de 1994 en materia relativa a la formación individualizada, versando ésta exclusivamente sobre la prevención de los riesgos laborales y descartando la obligación respecto de la formación profesional.

Pese a todo, entendemos, como también hemos indicado, que esta obligación está implícita en el primer párrafo, debiendo la negociación colectiva en el sector concretar y garantizar con mayor precisión y efectividad de lo que hasta ahora ha ocurrido tal deber para el empresario y derecho para el trabajador, cuya dimensión constitucional como derecho social fundamental resulta ahora ya incuestionable. No cabe interpretar, a nuestro juicio, que el legislador ha pretendido excluir tal obligación interiorizando en la norma la exigencia empresarial de eliminar un elemento que introduce rigidez y disfunciones en su estructura de funcionamiento y operatividad. A este respecto, debe insistirse en la centralidad que para la ventaja competitiva de estas empresas debería tener el estar en condiciones de crear una estructura de cualificaciones profesionales y un conjunto de trabajadores experimentados y bien formados, adaptables a las exigencias de mercado de las empresas y polivalentes,

dotados de una adecuada competencia de gestión de los riesgos. Este modelo originariamente concebido por el legislador en 1994 debe intentar llevarse a la práctica, como sucede en otras experiencias comparadas, y en él debería insistir la negociación colectiva ³⁴.

Finalmente, el nuevo apartado 4, antes incluido como párrafo tercero del anterior apartado 2, viene a reforzar la gratuidad de todo el proceso de colocación. De forma análoga al artículo 19.2 LPRL, que señala que el coste de la formación en materia preventiva no debe recaer, en ningún caso, sobre los trabajadores, se considerará nula toda cláusula convencional que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación, ya se trate de un contrato temporal o indefinido. Con ello se pretende corregir una práctica habitual de las actuales ETTs que suelen requerir, bajo diferentes vías o modalidades, cantidades como si se tratara de una Agencia de Selección o Agencia Privada de Colocación. Debe alcanzar tanto a los pagos directos cuanto a la posible obligación impuesta al trabajador o aspirante de realizar determinados cursos o actividades formativas con terceras empresas, y que generen algún tipo de tasa o precio. Del mismo modo que supone el reconocimiento del deber de indemnizar o suplir al trabajador por cualquier gasto en el que necesariamente haya de incurrir para atender las actividades de formación o selección.

2.6. Una garantía de efectividad de la seguridad en el trabajo: prohibición de la puesta a disposición sin previa evaluación de riesgos laborales.

El párrafo segundo del nuevo apartado 3 del artículo 12 establece una importante garantía para asegurar la efectividad del derecho a realizar la prestación de servicios profesionales en una situación óptima de seguridad en el trabajo, lo que requiere, entre otros elementos, contar con la preceptiva actividad evaluadora de riesgos. A tal fin, y en coherencia con lo preceptuado en los artículos 15.1 b) y 16 LPRL, así como en su normativa de desarrollo, en particular el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, dispone que, a los efectos de llevar a cabo la prestación de servicios para la empresa cliente:

«... la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales...».

Este precepto, pues, debe integrarse en el bloque normativo delimitador de los supuestos en que es posible el recurso a los contratos de puesta a disposición constituido básicamente, desde una definición positiva, por el artículo 6.2, que identifica cuál es el ámbito concreto de esta contratación, como vía para formalizar o actuar la actividad de cesión constitutiva del objeto social de la ETT y

³⁴ A este respecto, es evidente que deberá corregirse la actual situación que impide a los trabajadores en misión acogerse a los permisos individuales de formación financiados por el FORCEM, por cuanto requiere una antigüedad mínima de 1 año que, hoy por hoy, pocos trabajadores de las ETTs pueden cumplir. El último de los acuerdos sobre Formación Continua en el sector de las ETTs es de 1997 -vg., BOE 18-7-1997-.

como forma alternativa de contratación por parte de la empresa cliente a la prevista por el artículo 15 ET, al que ahora remite aquél -STSJ Madrid 19-2-1998, ar. 600-, y el artículo 8, que delimita negativamente este ámbito, estableciendo una serie de supuestos en los que dicha contratación a través de ETTs no se puede realizar. A este respecto, si ciertamente la estructura normativa del nuevo supuesto previsto en el artículo 12.3 se aproxima más a la del artículo 6.2, por cuanto actúa como una condición necesaria en todos los supuestos en que sea posible acudir al contrato de puesta a disposición según el artículo 6.2 LETT en relación al artículo 15 LET, no menos cierto es que, en realidad, esta condición pretende actuar como *un nuevo supuesto prohibitivo de su celebración por contrariar una norma de orden público no sólo legal sino incluso constitucional ex artículo 40 de la Constitución Española*. Por lo tanto, a nuestro juicio, hubiera sido más correcto en el plano técnico, y más oportuno en el plano de la política jurídica, haber calificado la infracción eventual de esta previsión como muy grave, como sucede con determinados supuestos del artículo 8, y no como grave, equiparando el incumplimiento al del artículo 6.2 -vg., art. 19.2 y art. 20.2 de la Ley 14/1994, en la nueva redacción-.

3. Las nuevas garantías de TRANSPARENCIA del mercado de empleo temporal y de efectividad de la actividad de CONTROL.

3.1. La intervención de tutela pública frente a los riesgos de la actividad de las ETTs: actividad de control administrativo mediante la información.

Ya hemos tenido ocasión de comprobar cómo, a modo de contrapartida, el carácter reservado del mercado de empleo temporal que supone para las ETTs la previsión legislativa de una excepción a la regla general prohibitiva del artículo 43 LET, tiende a compensarse con una fuerte intervención pública del mismo. Así, una de las principales características de este sector mercantil, blanco de las principales críticas de determinadas organizaciones empresariales, por el carácter extremadamente «tutelar» que supone del ejercicio de la libertad de empresa en este sector, y a diferencia del mercado de las empresas de subcontratación de obras y servicios, es la intensa intervención administrativa a través de una pluralidad de técnicas de control de los actos de empleo que estas empresas realizan. Especialmente relevantes son las posibilidades reconocidas a las autoridades laborales para ejercer potestades típicas de policía administrativa -vg., autorización previa, inspección-, que encuentran un desarrollo especial en este ámbito, en el que la actividad de control público de la actividad económico-empresarial de cesión se articula básicamente a través de dos instrumentos: la autorización y los deberes de información y mediante la instauración de un régimen administrativo sancionador especial. Ambos elementos, con mayor o menor intensidad, y con fortuna desigual, han sido afectados por la reforma, al igual que la potestad sancionadora, que también se incluye en la actividad de tutela público-administrativa, pero que se diferencia netamente de la actividad de control en sentido propio.

A fin de mejorar esta actividad de control, pues, se van a introducir diferentes reformas. Algunas de ellas ya se han analizado con el estudio del nuevo contenido del artículo 2 de la Ley 14/1994, a las restantes nos vamos a dedicar en este apartado. No obstante, conviene recordar que en el artícu-

lo 2, se introduce un tercer párrafo en orden a mejorar el nivel de conocimiento que la autoridad laboral tiene del funcionamiento, tanto presumible o inicial como futuro, recabando en los expedientes de primera autorización y prórroga,

«con carácter preceptivo y no vinculante informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

Como se advirtió en su momento, si esta mayor implicación de la garantía de efectividad de la tutela administrativa que supone la intervención de la Inspección de Trabajo ha sido saludada muy positivamente, no responde enteramente a las expectativas sindicales, que reclaman una acción mucho más incisiva y permanente de este Organismo. Por su parte, el apartado 5, de nueva creación, habilita un nuevo procedimiento administrativo de verificación del cumplimiento de la obligación de mantener una estructura organizativa adecuada, lo que vendría a dar satisfacción a ciertas exigencias evidenciadas en la práctica, que ponen de relieve las limitaciones de actuación una vez concedida la autorización, y más en particular cuando se convierte en definitiva.

Novedades importantes contiene también, en este ámbito, el *artículo 5*, relativo a las obligaciones de información a la autoridad laboral puestas a cargo de las ETTs y que constituyen un valioso instrumento para su actividad de control, así como para garantizar la propia transparencia del mercado. Como es sabido, el contrato de puesta a disposición tiene particulares garantías de tipo formal y procedimental, de tal manera que no sólo ha de ser formalizado por escrito, en modelo oficial y con el contenido mínimo exigido en el artículo 14 RETT y en el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero ³⁵, sino que establece un amplio catálogo de deberes de información. Así, se establece en el marco de las obligaciones de información a la autoridad laboral:

- El deber de la ETT de remitir una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados, en los términos en que reglamentariamente se establezcan -art. 5.1-.
- Deberes de información sobre todo cambio de titularidad, apertura y, según añade la nueva redacción, *cierre* de centros de trabajo, así como los ceses de la actividad - art. 5.2-.
- *Deber de notificación previa a la autoridad laboral del ejercicio extraterritorial del contrato*, o de la orden de servicio en su caso, aportando copia del contrato y de su autorización administrativa previa.

Sin duda, es esta última obligación, novedad de la Ley 29/1999, la que suscita mayor interés -junto con la relativa a la prevista en el número primero pero que, como veremos, pretende favorecer la actividad de control sindical no el control administrativo, pues respecto de la autoridad labo-

³⁵ Añade al contenido mínimo del contrato de puesta a disposición la información sobre los riesgos generales y específicos del puesto a cubrir, las medidas de prevención a adoptar, la formación que debe poseer el trabajador y las medidas de vigilancia de la salud que deben adoptar.

ral ya estaba previsto-. En efecto, aunque esta regla normativa pretende corregir algunas de las disfuncionalidades evidenciadas por la práctica, tanto administrativa como judicial, sus efectos, sin embargo, pueden ser generadores de nuevas distorsiones e, incluso, de generalizarse, puede suponer la propia quiebra del sistema. En todo caso, es claro que el nuevo apartado 3 del artículo 5 *supone una concesión favorable al sistema de gestión flexible* de las ETTs, en la medida en que viene a normalizar legalmente una práctica ya realizada en ocasiones no infrecuente por ellas, como es la de permitir el desplazamiento de trabajadores de ETTs en ámbitos para los que, sin embargo, tal empresa carece de autorización administrativa, lo que se hace posible por el peculiar sistema de autorización administrativo creado.

El RETT ha fijado un *sistema de autorizaciones por provincias*, consecuentemente, se ha producido un significativo fraccionamiento territorial de este mercado de empleo temporal, pese a la posibilidad de que la ETT pueda estar autorizada para actuar en las diferentes provincias del territorio nacional. Aunque éste es el modelo normativo, no faltan en la práctica situaciones de contratación de forma centralizada de los servicios a prestar por una ETT para los diferentes centros provinciales de la empresa usuaria. Del mismo modo, en determinados casos, las ETTs solicitan autorización para operar en una determinada provincia para satisfacer las demandas de un determinado cliente de cierta relevancia, pero sin embargo, ante la escasa cuota de mercado que puede tener en ese ámbito, la reducción de costes innecesarios, lleva a tener una estructura administrativa o de gestión mínima. Ante esta situación, o bien se pretende obtener por parte de la ETT la autorización para operar en esa provincia con una estructura mínima, llegando incluso a simular medios materiales o personales que realmente no posee, o bien opera en esa provincia sin autorización, lo que no puede sino generar arduos problemas jurídicos que vienen a cuestionar la eficacia del sistema de autorización provincial ³⁶.

El problema se agrava a la vista de una línea jurisprudencial de los TTSSJ que, con dudoso fundamento legal, y claramente expresivo de una opción flexibilizadora favorable al funcionamiento de las ETTs, ha considerado lícita la actuación en un determinado ámbito para el que inicialmente no se contaba con autorización, que se obtiene con posterioridad a la celebración de una serie de contratos, cuando con anterioridad la ETT ya estaba autorizada para actuar en otra zona de España. Esta anomalía jurídica, sin embargo, una vez más se configura únicamente como una irregularidad formal no invalidante, sin que, antes de la Ley 29/1999, existiese además otra tipificación legal de la infracción que permita su sanción -SsTSJ Castilla y León 17-6-1997, ar. 1926; 20-1-1998-. Qué duda cabe que la generalización de estos criterios de acción extraterritorial implicarían la ruptura del sistema de autorizaciones provinciales que viene siendo aplicado por la Administración Laboral en aplicación de la normativa reglamentaria ³⁷.

³⁶ Cfr. Aa. Vv. *Empresas de Trabajo Temporal... op. loc. cit.*

³⁷ Ahora bien, como se ha advertido, esta quiebra conllevaría implícita la crisis del esquema de distribución de competencias en la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas, que se fundamenta en el mismo, así como la exigencia de una red de oficinas por provincias a las ETTs. En la reforma de la Ley 50/1998 no existe una tipificación expresa como infracción de este comportamiento, lo que revelaría que estamos ante una situación normal de cesión ilegal de trabajadores que no merece una tipificación expresa. Sin embargo, la autoridad laboral de alguna Comunidad Autónoma ha fijado, como criterio propio de actuación, la anulación de las actas de infracción extendidas

Pues bien, sorprendentemente, la Ley de reforma ha venido a avalar en gran medida esta práctica social y esta jurisprudencia «menor». De nuevo, puede comprobarse cómo una Ley de «reforma del mercado de trabajo», en este caso de reforma de la gestión de un concreto mercado de trabajo temporal, y una Ley que pretende corregir las irregularidades y disfunciones de las ETTs en aras de introducir mayor seguridad y garantías jurídicas para los trabajadores, en cambio, asume una diversa opción de política jurídica en cuestiones importantes. Así, esta regla lejos de traducir una política jurídica de intervención correctora de una práctica social que quiebra la legalidad vigente, se revela simplemente como una *regla legal de normalización social de una anómala práctica empresarial preexistente*, asumiendo un marcado carácter transaccional: sustituye la responsabilidad por acción ilegal, o la fijación de una norma prohibitiva, o la necesidad de nueva autorización, por un deber de transparencia. Por tanto, con la nueva regulación bastará que la ETT comunique a la autoridad laboral previamente, y «adjuntando una copia del contrato de trabajo y de su autorización administrativa», tal desplazamiento extraterritorial para que sea válido, sin que quepa el rechazo por parte de la Administración, pues la Ley no deja margen para esta actuación discrecional, siquiera sea motivada.

En todo caso, y al margen de la crítica negativa que tal regulación merece, de efectos perjudiciales impredecibles, se sigue manteniendo el resultado segmentador o fraccionador del mercado nacional en tantos mercados como provincias tiene España ligado al vigente sistema de autorizaciones provinciales. De este modo, la ETT debería estar autorizada en cada una de las provincias en las cuales vaya a ejercer su actividad de cesión de trabajadores. Pues bien, este sistema, ya en sí deficiente por las diferentes razones aquí señaladas, todavía resulta más disfuncional si se atiende a las perspectivas de un mercado de cesiones transfronterizas de trabajadores dentro de la Comunidad Europea³⁸.

3.2. La revalorización de la autotutela colectiva: reconocimiento de nuevos derechos de información para garantizar la efectividad del control sindical.

Junto a la actividad de control público administrativo, otro canal fundamental para actualizar el control de legalidad de los actos de empleo realizados por las ETTs, en el contexto de un sistema asentado sobre el principio de autonomía colectiva y de libertad sindical *ex* artículo 28 de la Constitución Española, es la intervención de los representantes legales de los trabajadores, y en particular de su personalización en los sindicatos, dadas las mayores dificultades que en el ámbito de las ETTs encuentran las representaciones legales. A tal fin, instrumentos de control básico y garantías de efectividad

por la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de trabajadores en el caso de ETTs que cedan trabajadores fuera del ámbito territorial que tienen autorizado. *Cfr.* Aa. Vv. *Empresas de Trabajo Temporal... op. cit.* pág. 38. Hoy aparece confirmado que para el legislador esto era un auténtico vacío normativo, que ha cubierto añadiendo una nueva letra f) al artículo 19.2 LETT:

«f) La puesta a disposición de trabajadores en ámbitos geográficos para los que no se tiene autorización administrativa de actuación, salvo lo previsto en el apartado 3 del artículo 5 de esta Ley».

³⁸ Por lo que debería procederse a una liberalización de la prestación de servicios, con eventuales efectos de igualación al menos en niveles mínimos, en línea con lo que apunta la Directiva 96/71/CEE, de 16 de diciembre, que ha de ser incorporada al ordenamiento jurídico español -fecha límite 16-12-1999-. *Cfr.* A. GONZÁLEZ MARTÍN-J. CRESPIAN. «Control administrativo...». Aa. Vv. *op. cit.* pág. ref. 800 y sgs.

de esta actividad son sin duda dos derechos de información recogidos en los artículos 5 y 9 de la Ley, según la modificación operada por la Ley 29/1999, y que viene a continuar una tendencia ya inaugurada por la reforma en 1997 del artículo 17 Ley 14/1994.

Estos dos derechos de información se concretan en:

- El deber de comunicación a cargo de la Autoridad laboral que, en virtud del artículo 5.1 LETT, viene ahora obligada a remitir la lista o relación de contratos de puesta a disposición celebrados igualmente a los órganos de participación institucional en los términos referidos en la letra b) del apartado 3 del artículo 8 ET (Comisiones de Seguimiento de la Contratación, Comisiones Ejecutivas del INEM/Servicios Públicos de Empleo autonómicos), siendo aplicable igualmente el deber de sigilo. Ello permitirá conocer el nombre de las empresas usuarias donde actúan ETTs. Una cuestión clave para la adecuada gestión de esta información, y por tanto para su uso efectivo como instrumento de control, será el de la capacidad de las organizaciones sindicales de coordinar o articular la información proveniente de los distintos ámbitos territoriales donde la ETT actúe, debiéndose crear adecuados canales de comunicación con las propias empresas usuarias.
- El deber de entregar una «copia básica» del contrato de trabajo o, en caso de contrato indefinido, de la correspondiente orden de servicio, de conformidad con el artículo 9 *in fine* de la Ley 14/1994, en la nueva redacción dada por la Ley 29/1999.

Esta última regla refuerza el deber de informar por parte de la empresa usuaria, sobre cada contrato de puesta a disposición, con la previsión del deber de entregar una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador puesto a disposición, que le deberá haber facilitado la empresa de trabajo temporal. Se trata de una garantía colectiva concretada en términos similares a la célebre «copia básica» de los contratos temporales, que ocasionaron en su tiempo una intensa polémica sobre su eventual efecto lesivo sobre el derecho a la intimidad del trabajo y el derecho a la libertad de empresa, cerrada por el Tribunal Constitucional con la afirmación de su constitucionalidad -vg., STCo. 142/1993, de 22 de abril; art. 8.3 LET-.

Es un instrumento de acción sindical clave para el control de la legalidad de tales contratos, realizada a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, que extienden su acción a los empleados en misión, reforzando así una dirección ya abierta con la reforma de 1997. En efecto, en la actual regulación queda ya manifiesta y definitiva la idea del legislador de la imposibilidad práctica de articular en las ETTs estructuras organizativas de carácter colectivo, ya se trate de representación unitaria, o de representación sindical, dada la falta de integración de los trabajadores en misión en la estructura organizativa de la ETT y la temporalidad extrema de su vínculo con la ETT. De ahí que tanto la negociación colectiva, atribuida a las organizaciones más representativas -art. 13; aunque no se cierra la posibilidad de pactar convenios colectivos de empresa (STSJ Aragón 19-6-1996)- cuanto la representación y defensa de los trabajadores en misión se vincula a los representantes legales y sindicales de los trabajadores en la empresa usuaria en la que prestan servicios -vg., art. 17.1 en redacción dada por la Ley 63/1997-.

4. La GARANTÍA SANCIONADORA frente a los incumplimientos: la integración del régimen administrativo sancionador especial.

Junto a la potestad de control, una de las principales vías utilizadas históricamente en el ámbito de las relaciones laborales para garantizar la efectividad del cumplimiento de las obligaciones y deberes puestos a cargo de los empresarios por la legislación laboral sustantiva, ha sido, y sigue siendo, la configuración de un régimen administrativo sancionador propio, a través del cual articular o hacer efectivo el ejercicio de una específica potestad sancionadora en el orden social. Desde esta perspectiva, y pese a la vocación unitaria o uniformadora de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), varias veces traicionada o rota por el legislador, puede entenderse que el legislador, al regular de forma especial la ordenación de la actividad de las ETTs, se preocupara igualmente de establecer *un régimen administrativo sancionador específico y peculiar*, aplicable tanto a la ETT cuanto a la empresa usuaria ³⁹.

Ahora bien, entre las diversas singularidades o peculiaridades de este régimen sancionador especial, y muestra evidente de las lagunas e incoherencias de la Ley 14/1994, cabe evidenciar las notorias carencias técnicas de las que adolece. Lo que se pone de relieve sea por las llamativas lagunas de tipificación de conductas infractoras que presenta, con los consiguientes efectos de inseguridad jurídica y los riesgos de desprotección e ineffectividad que genera, ya sea por los desajustes en la calificación de las infracciones que en determinados casos contiene, con la consiguiente vanificación o devaluación de las finalidades preventivas y ejemplificadoras propias de este sistema sancionador. De ahí que, para corregir estos graves déficit, se hayan sucedido en poco más de medio año dos intervenciones legislativas, si bien no han conseguido alcanzar el nivel de satisfacción óptimo en la regulación de una cuestión tan importante, pues estamos ante un sector que de forma sistemática viene incumpliendo la legislación en vigor, con la consiguiente alteración grave del orden jurídico social que se pretende crear.

Ya la Ley 50/1998 incidió en esta tipificación ampliando los supuestos dejados sin regulación en la Ley 14/1994. Entre otras modificaciones se introdujo la relativa a la consideración como infracción administrativa muy grave de las ETTs realizar la actividad constitutiva de la empresa de trabajo temporal «sin disponer de la estructura organizativa que responda a su autorización» ⁴⁰. La apli-

³⁹ Este régimen administrativo sancionador se encuentra contenido en el Capítulo V de la LETT, en particular en los artículos 18 a 21. Si los artículos 18, 19 y 21 regulan la identificación de los sujetos responsables, la tipificación de las infracciones y el régimen de las sanciones, el artículo 20 tipifica las infracciones en que pueden incurrir las empresas usuarias, como consecuencia de la inadecuada utilización de los trabajadores puestos a disposición.

⁴⁰ El artículo 38.Uno de la Ley 50/1998 modifica el número 3 del artículo 19, adicionándole tres nuevos apartados, que quedan redactados como sigue:

- «c) No dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de la empresa de trabajo temporal o realizarla sin disponer de la estructura organizativa que responda a su autorización.
- d) La falsedad documental u ocultación en la información sobre sus actividades facilitadas a la Autoridad Laboral.
- e) Ceder trabajadores con contrato temporal a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros».

cación de esta infracción supondrá que, una vez obtenida la autorización definitiva, la estructura organizativa de la ETT debería seguir siendo indefinidamente la misma que en el momento de la autorización. Pero ni en las autorizaciones se suele determinar con detalle cuál sea ésta, ni establece ningún procedimiento para obtener autorización para modificar en el futuro tal estructura. El nuevo apartado 5 del artículo 2, sin embargo, puede servir de alguna manera, como se dijo, para cubrir esta laguna. Sin embargo, paradójica e incomprensiblemente, la Ley 29/1999 modifica la letra c) del apartado 3 del artículo 19 de la Ley 14/1994, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de tal manera que *se excluye como falta muy grave* la carencia de estructura organizativa adecuada. A este respecto, aunque ciertamente tal situación es determinante de la pérdida de la autorización administrativa, lo que puede entenderse ya como una máxima sanción para la ETT, debería haberse mantenido como específica infracción administrativa.

A diferencia de la Ley 14/1994, la Ley 29/1999 sí se ha preocupado de garantizar el cumplimiento efectivo de todas y cada una de las nuevas obligaciones que introduce, sea a cargo de la ETT sea de la empresa cliente o usuaria, mediante su tipificación como infracción administrativa. Ahora bien, el régimen administrativo sancionador especial vigente tras la regulación nueva sigue adoleciendo de dos graves defectos o carencias. Por un lado, no es completo, de modo que la Ley 29/1999, si bien incorpora nuevas tipificaciones -ej., la nueva letra c) del apartado 1 del art. 19 relativa a la falta de información por parte de la ETT a la empresa usuaria- no ha integrado todas las carencias y lagunas que presentaba este régimen, afectando sólo a algunas de ellas, al igual que la Ley 50/1998, que tampoco llegó a cubrir satisfactoriamente estas injustificadas deficiencias -vg., la exclusión del nuevo art. 20.2 de uno de los supuestos contemplados por el art. 8 c) de la LETT, como es el de los despidos indirectos *ex* artículo 50 LET; exclusión que incomprensiblemente perdura tras la Ley 29/1999-. Esta persistente exclusión del catálogo especial de determinadas obligaciones y conductas podrá compensarse en determinados supuestos con el recurso al catálogo general del ET, pero en otros no ⁴¹.

Por otro lado, no sólo no ha revisado la calificación que en la anterior regulación habían merecido determinados comportamientos particularmente graves y perjudiciales para los intereses individuales y generales que se querían proteger, sino que sigue incidiendo gravemente en esta inadecuada valoración o apreciación, siempre a la baja, de tales infracciones. Así, como notoriamente insuficiente es la calificación de:

- La nueva infracción relativa a la falta de información a la empresa usuaria como leve, considerándola como puramente formal cuando lo que está en juego es también el ejercicio de derechos de acción sindical.

Por su parte, el artículo 38.Dos, añade un nuevo apartado e) al número 2 del artículo 20, en relación a las empresas usuarias, con el siguiente contenido:

«e) Formalizar contrato de puesta a disposición para la cobertura de puestos o funciones que, en los 12 meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente, despido colectivo o por causas objetivas, entendiéndose cometida una infracción por cada trabajador afectado».

⁴¹ Cfr. ampliamente la crítica de A. GONZÁLEZ-J. CRESPIAN, *op. cit.* ref. 841 y sgs.

- O por ejemplo la celebración de contratos de puesta a disposición respecto de puestos de trabajo de los que no se ha realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos -vg., apartado 2, art. 19, respecto de la ETT; apartado 2, art. 20, respecto de la empresa usuaria-.
- O la tipificación de la nueva obligación de la empresa usuaria en materia salarial como leve, cuando debería ser considerada sin duda como grave, dada la trascendencia para un correcto funcionamiento del sistema de parificación de la retribución.
- O la calificación como falta grave de la cobertura de un puesto de trabajo por la empresa usuaria mediante un contrato con la ETT cuando en los 18 meses anteriores haya estado cubierto más de 13 meses y medio, cuando debía haberse calificado de muy grave, en línea con lo que sucede, respecto de comportamientos análogos, con el artículo 19.3.3), introducido por la Ley 50/1998, para la ETT.

Otras limitaciones en orden a la aplicación de determinadas sanciones, como la accesoria de suspensión, deberían haber sido objeto de atención por el legislador de la reforma. Por lo tanto, es claro que esta actividad de control por el ejercicio de la potestad sancionadora debe ser una cuestión a tener en cuenta de forma más adecuada y completa en la futura reforma.

5. La IGUALDAD DE DERECHOS: ambivalencia de la equiparación salarial como garantía individual y como instrumento regulador de la competencia leal.

5.1. La rentabilidad de la práctica retributiva dominante: el módulo salarial por hora trabajada y el sistema de gestión «just in time».

Aunque como ha podido comprobarse a lo largo de estas páginas la reforma del sistema de retribución, y de su cuantía, no es el único aspecto en que se ha concretado la Ley 29/1999, no es su única razón de ser, este aspecto es el más conocido y difundido, por la amplia dedicación de los medios de comunicación, pero sin duda también es el más relevante y el que puede tener, en estos momentos, una mayor incidencia sobre el sistema de gestión flexible desarrollado en la práctica organizativa de este mercado de empleo temporal por las ETTs. La pretensión de la norma, en una primera lectura, no parece dejar resquicio a la duda: su finalidad es afirmar el principio de «igual salario a igual trabajo» o igual salario a trabajo de igual valor previsto con carácter general para todos los trabajadores, sin distinción por condición personal, social o contractual alguna -vg., art. 28 en relación al art. 14 de la Constitución Española y al art. 119 del Tratado de la Unión Europea-.

El trabajador contratado de modo temporal por la ETT tenía derecho, a tenor de lo establecido en el ahora reformado artículo 11.1 a) LETT, a ser remunerado, según el puesto de trabajo a desarrollar, de conformidad con lo que se establezca en el convenio colectivo aplicable a las ETTs, o en

su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. Así, a través de la negociación colectiva se abría la posibilidad de introducir importantes diferenciaciones salariales entre unos trabajadores y otros que prestaban los mismos servicios a la empresa usuaria. Por otro lado, este mismo precepto, al permitir en materia salarial la aplicación del convenio colectivo obligatorio para la empresa usuaria, si bien sólo subsidiariamente ⁴², estimuló igualmente la firma y publicación de múltiples convenios de empresa para eludir la aplicación salarial.

Es evidente que esta situación de desigualdad venía a contradecir abiertamente el test de constitucionalidad resultado de la doctrina fijada en materia, pues carecía de toda justificación objetiva y razonable, de situaciones que son ciertamente iguales materialmente, sin perjuicio de la modalidad contractual, que a estos efectos debe resultar irrelevante, y tampoco respeta el más mínimo juicio de proporcionalidad, desemboca en resultados especialmente gravosos -SsTCo. 76/1990, 26 de abril; 177/1993, 31 de mayo, entre muchísimas, en general; respecto a la naturaleza temporal del contrato 52/1987, 7 de mayo; 170/1988; 177/1993, 31 de mayo, entre muchas también; STS 28-9-1993, ar. 7085; 14-10-1993, ar. 8051-. Era, además, una vía para eludir su propio convenio colectivo, para sustraerse a los compromisos en él adquiridos, y en la dirección de individualizar y diversificar cada vez más las condiciones de trabajo de los diferentes trabajadores ocupados, haciendo por tanto de «inferior calidad» las condiciones de trabajo -respecto de la exclusión del convenio colectivo, *vid.* STCo. 136/1987, 22 de julio-.

Ahora bien, la ficción jurídica en que se asienta la invención económica y legislativa de las ETTs, que genera una dualización de las empresas organizadoras y responsables de la prestación de servicios de un trabajador, cuando la realidad socio-económica sitúa una única prestación efectiva de servicios, aquella derivada de la relación entre trabajador y empresa usuaria, así como el propio desarrollo legislativo, que contempla esta diferenciación de regímenes jurídicos, «amparaban» normativamente esta desigualdad de tratamientos. Sólo una eventual declaración de inconstitucionalidad por parte del TCo. o, en su caso, la existencia de un ordenamiento supranacional como el comunitario con una previsión diferente, de la que derivara una directiva de igualdad de trato, podría corregir formalmente esta situación ⁴³.

⁴² *Vid.* STSJ Murcia, S. 8-10-1998, que declara la nulidad, por lesividad de intereses de terceros y por contrario a la legalidad, el artículo 28.3 del Convenio Provincial de la Construcción de la Región de Murcia, que declaraba aplicable sus tablas salariales a los trabajadores de la ETT, y ello pese a reconocer «la bondad del precepto», por cuanto pretende «mitigar uno de los aspectos más polémicos de la regulación de las ETT, cual es el régimen salarial, a través de una medida que permite garantizar el principio de igualdad de trato en materia retributiva».

⁴³ El planteamiento en este caso no es sólo hipotético, por cuanto la Carta comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los Trabajadores, adoptada en Estrasburgo el 9-12-1989, ahora integrada en el Derecho Fundacional de la Unión Europea con su incorporación por el Tratado de Amsterdam, preveía la elaboración de una Directiva que diera fundamento a este principio de equiparación progresiva de las diferentes formas de trabajo. En este sentido la originaria propuesta de directiva comunitaria en esta materia de 1982, luego modificada en 1984, preveía esta equiparación, en particular en materia de salarios -art. 6-. No obstante, con posterioridad esta Directiva se fraccionó en tres diferentes, aprobándose sólo la relativa a prevención de riesgos laborales -art. 28 LPRL que recoge parcialmente el contenido de la Directiva 91/383/CEE-, quedando pendientes los otros dos proyectos. Pero tampoco las perspectivas de futuro mejoran la situación, en la medida en que la propuesta de 1990 sobre aproximación de la normativa sobre las condiciones de trabajo, ha dejado fuera la exigencia de equiparación o asimilación. *Cfr.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Cesión ilegal... op. cit.* pág. 178 y sgs.; MARTÍN SERRANO, *op. cit.* pág. 44 y sgs.

Ahora bien, si la regulación vigente antes de 1999 ya permitía este proceso diferenciador, la práctica desarrollada de manera absolutamente generalizada por las empresas del sector han agravado la situación, llevando hasta el extremo de lo tolerable, incluso superándolo en ocasiones nada infrecuentes, en un Estado Social de Derecho las posibilidades legales de diferenciación e, incluso, de discriminación. En efecto, la lucha sin escrúpulos por conseguir una importante cuota de mercado ha llevado al desarrollo de una amplia gama de prácticas que suscita una enorme conflictividad jurídica y empresarial, en diferentes ámbitos, incluido el de la defensa de una competencia más racional y leal. Precisamente, en ocasiones no infrecuentes las denuncias ante la Inspección de Trabajo han venido motivadas por reclamaciones no de los trabajadores o sindicatos sino por las propias ETTs, lo que evidencia no sólo este enfrentamiento sino la confluencia en este mercado diferenciado de una amplia gama de empresas de características y modos de funcionamiento muy heterogéneos -que van desde las empresas dedicadas pura y simplemente a la mera interposición contractual, ante el interés del cliente de no contratar directamente para evitar la aplicación de su propio convenio colectivo, hasta aquellas que prestan amplios servicios adicionales...-. Todo ello, claro está, no puede más que generar perplejidad y desconcierto en quienes asumen, como hemos visto, la labor de vigilancia y control para evitar que estas situaciones se produzcan: la Administración Laboral y los Sindicatos.

Para explicar y llegar a comprender esta anómala configuración del mercado hay que atender a las herramientas utilizadas para la gestión de sus recursos humanos, que evidencian con toda claridad el «divorcio» tan radical entre norma y realidad, entre representación normativa y funcionamiento práctico. Este sistema se fundamenta en tres principios básicos:

- La garantía de una total libertad de decisión en la compra de horas de trabajo, reclamando de la misma el pago únicamente de las horas efectivamente trabajadas por los trabajadores en misión, gozando de una absoluta flexibilidad en su elección ⁴⁴.
- Retribución exclusivamente de las horas efectivamente trabajadas. De esta manera, se lograría la equivalencia plena entre horas contratadas y pagadas al trabajador por la ETT y horas contratadas y cobradas a empresas usuarias. El objetivo final es trasladar los riesgos que, inicialmente, la empresa usuaria le había transmitido a la ETT, para lo que se acude al *sistema de módulo salarial por hora efectiva de trabajo*, que es el aplicado sistemáticamente por las ETTs españolas ⁴⁵. Su actuación efectiva se realiza, tanto con instrumentos jurí-

⁴⁴ Esto es posible jurídicamente porque el contrato de puesta a disposición no tiene apenas regulación legal y queda completamente abierto a la autonomía de las partes, salvo lo relativo a su objeto y duración según se ha visto con la reforma. De este modo, una vez más, la técnica contractual sirve para desplazar a terceros los riesgos empresariales, en este caso, a las ETTs, que viene a ser así una ilustrativa manifestación del actual proceso de liberalización del mercado de trabajo.

⁴⁵ Los salarios de los trabajadores en misión se calculan a partir de un módulo por hora efectiva de trabajo, incluyendo en el mismo la parte proporcional de todo tipo de conceptos salariales y extrasalariales. A su vez, para acomodar el tiempo contratado de trabajo con el tiempo contratado de puesta a disposición las ETTs utilizan diferentes técnicas jurídicas -vg., contratación temporal causal vinculada al contrato de puesta a disposición, regulación convencional de la suspensión y extinción del contrato de trabajo, así como de las modificaciones de las condiciones de trabajo, especialmente de los horarios, a medida, y el sistema salarial de módulo por hora efectiva, que elimina el riesgo de descansos no previstos-

dicos, mediante el aprovechamiento de las vías abiertas por la legislación vigente, cuanto con prácticas anómalas, forzando en no pocas ocasiones el texto de la norma, y sin duda su espíritu, lo que resulta plenamente consentido mediante un instrumento esencial de cierre de todo el sistema: la «ley del silencio», esto es, la falta de reclamaciones y de actividad reivindicativa sindical por parte de sus trabajadores.

- Garantía de inmunidad para la empresa cliente.

La consolidación del módulo salarial por hora efectivamente trabajada, y la resolución prácticamente libre de la relación laboral, dada la reducidísima vigencia de los contratos, supone la generalización en la práctica de un modelo de gestión de la mano de obra que se asemeja al denominado «justo a tiempo» *-just in time-* aplicado por las grandes empresas a la gestión de proveedores y a la producción -vg., pagar exclusivamente las horas trabajadas y de contratar exclusivamente las horas de trabajo que se necesiten y sólo en el momento en que se necesiten-. Este sistema de gestión, absolutamente generalizado en el mercado español de las ETTs, tiene un efecto auténticamente convulsivo en el sistema de relaciones laborales ⁴⁶.

5.2. *La experiencia convencional de anticipación de la reforma: el proceso negocial de convergencia salarial.*

Los efectos disfuncionales que para el propio funcionamiento del mercado de empleo temporal, como en su tiempo ocurrió con la generalización de la contratación temporal a lo largo de una década, tiene este sistema de gestión sistemáticamente empleado por las ETTs, y ante la propia ausencia de una actividad de política administrativa eficaz para controlar esta situación, están en la base de una intervención correctora o paliativa de los interlocutores sociales vía negociación colectiva, por tanto, también a iniciativa empresarial, al menos de ciertos sectores, no de todos. Éste es, pues, el marco socio-económico y el conflicto que sirve de base al proceso de convergencia salarial, pactado por Convenio Colectivo en 1997, y que prevé una transición en 3 años -actuado sin embargo desde 1-1-1998 hasta el 1-1-2000- al nuevo sistema retributivo inspirado en el principio de asimilación o equiparación ⁴⁷. Esta observación es de gran importancia para comprender correctamente el

⁴⁶ Cfr. Aa. Vv. *Empresas de Trabajo Temporal... op. cit.* pág. 25.

⁴⁷ La convergencia no solamente comprende la cuantía de la retribución, sino su propia estructura -art. 30.4 CC-. El inicio de este proceso quedaba marcado por una tarea de análisis, sistematización e informatización de los datos retributivos de los convenios de sector aplicables a las empresas usuarias. Este trabajo debía permitir la elaboración de unas tablas salariales, aprobadas por la Comisión Paritaria del Convenio, y comprendían todos los convenios sectoriales vigentes. A partir de 1-1-1998 la retribución de los trabajadores en misión se terminaría aplicando el 80% sobre las tablas salariales aprobadas correspondientes al convenio de sector de encuadramiento de la empresa usuaria. Este porcentaje sería del 90% en 1999 y del 100% a partir de 1-1-2000, con lo que habría finalizado el proceso de convergencia entre los salarios de los trabajadores en misión y los salarios de los convenios sectoriales. Puesto que la aprobación de las tablas se retrasó -Actas publicadas en el BOE 30-3-1998-, la fecha de entrada en vigor se modificó igualmente, de modo que se fijó el inicio para un mes después de lo previsto, esto es, 1-2-1998, en ejercicio de la facultad modificativa concedida por el artículo 30.6 del Convenio Colectivo.

verdadero sentido y alcance del núcleo básico de la reforma legal que, como se indicó en la introducción, al tiempo que se relativiza, aunque no se vanifica en modo alguno, se desdramatiza o desacredita la imagen de intervención traumática del legislador en contra de la actividad de cesión de mano de obra.

En efecto, si no cabe desconocer el enfoque garantista que esta medida asume, mejorando sensiblemente las condiciones retributivas de los trabajadores, resulta igualmente obligado poner de relieve que este garantismo pretende servir de instrumento de regulación de la competencia en el mercado, tratando de introducir una nueva estrategia competitiva que sin merma significativa de la flexibilidad de gestión permita una mejora del estatuto de estos trabajadores que, en última instancia, tenga un efecto expulsivo de las pequeñas y medianas empresas del sector. Por tanto, esta medida buscaría como objetivo último regularizar el funcionamiento del mercado e introducir mayor transparencia y lealtad en el ejercicio de esta actividad. Así lo acreditaría inequívocamente el dato constatable de que, ante el desorden dominante, han sido primero las principales empresas del sector las que han propuesto, ciertamente con intervención de la presión sindical, una propia política de mejora de las condiciones laborales, como estrategia para expulsar a empresas que basan su política comercial y de lucha por la competencia en la depreciación creciente de las condiciones de trabajo, en particular de los precios «abusivos» y «desleales», que no responden a la realidad de un sistema mínimamente evolucionado y civilizado de relaciones laborales-.

De esta manera resulta más comprensible un proceso que de otra forma puede parecer fuertemente contradictorio en el plano económico, no así en el plano jurídico claro está⁴⁸, por cuanto va dirigido indirectamente a excluir del mercado a las pequeñas empresas que operan hoy como ETTs y que basan su competitividad exclusivamente en el precio. Limitando los efectos del precio de la hora de trabajo como elemento de competencia el mercado para las ETTs puede ser a su vez más reducido, puesto que el margen de beneficio es menor, pero de esta manera sólo puede ser cubierto por las grandes ETTs, de forma que parte de esta pérdida de beneficio se recuperará por el aumento del volumen de negocio. El elemento fundamental será, pues, el mantenimiento de la flexibilidad de la mano de obra y la garantía de inmunidad frente a los problemas laborales que eventualmente pudieran surgir en relación con los trabajadores puestos a disposición. Por tanto, y pese a las críticas de determinadas organizaciones⁴⁹, es claro que esta reforma no sólo pretende mejorar los derechos de

⁴⁸ La «lesividad» de este nuevo régimen ha sido claramente constatado por la STJ Murcia, STS 8-10-1998, al constatar en la regla convencional equiparadora que anula «la existencia de un daño verdadero y real... que se traduce en el encarecimiento de costes, la ausencia de estímulo de las usuarias para acudir a este sistema de contratación en los supuestos que la ley tenga previstos y, en definitiva, reducción del volumen de sus transacciones, daño, obviamente no causado con *animus nocendi* -sino todo lo contrario-...».

⁴⁹ Los intereses contrapuestos de las distintas patronales de ETTs en la estructuración de la competencia en el mercado mediante la negociación colectiva, y en especial en el proceso de convergencia ya en su origen, se comprueba por la propia contestación de la negociación colectiva sectorial. Cfr. impugnación por la patronal FEDETT, Federación Española de ETT del II Convenio Colectivo, de 1997, que fue mantenido en su condición estatutaria por SAN 1-7-1997, ar. 2276, por tanto de general aplicación. De ahí que algunas empresas disconformes hayan optado por mantener la negociación y los convenios colectivos de empresa, para intentar sustraerse al convenio nacional y especialmente al proceso de convergencia salarial. El éxito de esta práctica hubiera constituido el auténtico barrenado de la negociación colectiva sectorial. Y de ahí que, al margen de la eventual falta de viabilidad jurídica de estos convenios, el legislador haya decidido intervenir estableciendo esta obligación por ley.

los trabajadores, dotarles de mayores garantías, sino que es una medida de defensa de los intereses de aquellas empresas que basan su capacidad competitiva en el sector en ventajas de gestión y no sólo en reducción de los costes.

5.3. El reconocimiento legal del derecho a la igualdad de trato legal: puntos críticos.

La reforma del artículo 11 Ley 14/1994 viene a recoger en una norma legal el proceso de convergencia salarial ya iniciado por la negociación colectiva, ahora bien no puede negarse que supone importantes mejoras y avances respecto del mismo. No obstante, la nueva redacción legal no deja de plantear algunos problemas, tanto por su insuficiencia, por cuanto no asegura un principio de igualdad absoluta entre unos trabajadores y otros, como por el mantenimiento de algunas significativas ambigüedades.

En este precepto no se remite directamente a la aplicación del salario fijado en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria, sino que lo realmente garantizado es el derecho

«a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo...».

De esta forma, no se acaba radicalmente con la ambigüedad de la anterior regulación, que sólo garantizaba a los trabajadores en misión el mismo salario de la empresa usuaria en ausencia de otros convenios colectivos aplicables a las ETTs. Y ello porque, en realidad, tal salario es sólo un sueldo mínimo, aplicable en defecto de una negociación específica, bien colectivamente bien individualmente, que mejore esa retribución. De esta forma, parece encontrar un cierto reflejo, si bien ahora con el correctivo importante de reconocer legalmente su carácter concesivo, de mejora, no *in peius*, como ha ocurrido bajo la vigencia de la anterior regulación, una línea jurisprudencial de los TTSSJ que, en aplicación rígida de la obligación de cumplimiento de la ETT de sus obligaciones salariales, se establecía que el Convenio Colectivo aplicable es siempre el de las ETTs cuando existe, de modo que el Convenio de la EU no podía establecer o regular las condiciones salariales del trabajador puesto a disposición, por ser obligación de la ETT⁵⁰. Sí habla de igualdad retributiva, en cambio, la EM, párrafo penúltimo de la Ley 29/1999.

⁵⁰ STSJ Murcia 8-10-1998, que declara la nulidad del artículo del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción de la Región de Murcia, relativo a la aplicación de las tablas salariales a los trabajadores puestos a disposición; STSJ Comunidad de Valencia, 19-1-1999, que declara nulo el artículo correspondiente al Convenio del Sector de la Construcción de la Comunidad Valenciana... La primera de ellas, no obstante, reconoce que «la remisión a la negociación colectiva del sector de las ETT amortigua los efectos de esta situación..., tal y como puede comprobarse de la lectura del artículo 30 del Convenio General de las ETT, que marca un sistema sucesivo y gradual de equiparación salarial entre ambos colectivos de trabajadores (los de la usuaria y los de la ETT en dicha empresa usuaria)».

En cualquier caso, la nueva regulación viene a resolver algunas carencias o límites del proceso de convergencia salarial, que ha suscitado múltiples cuestiones e incertidumbres, que pueden explicar la aceleración y el refuerzo que supone su plasmación legislativa, si bien la propia Ley plantea el carácter gradual. En efecto:

- No han sido objeto de publicación oficial las tablas salariales a partir de las cuales fijar la estructura y cuantía de los salarios, ni tampoco las normas de aplicación del proceso. La fórmula seguida para hacer público su contenido, facilitar las tablas en soporte informático a las ETTs firmantes del Convenio Colectivo ETT/1997, no garantiza la exigencia de publicidad de las normas.
- La equiparación salarial se refiere a los convenios de sector solamente, por tanto no a los salarios realmente existentes en la misma, ni a los mínimos garantizados por los convenios de empresa donde existan. Consecuentemente, la existencia de un convenio propio que mejore los niveles salariales de su sector sería irrelevante a estos efectos, por lo que la equiparación total no se garantiza. Además, el salario realmente aplicable tampoco es el fijado en el sector de encuadramiento de la empresa usuaria sino las tablas salariales de convergencia previstas por el Convenio de 1997, que es el realmente aplicable. El artículo 11, sin embargo, establece la equiparación salarial respecto del convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria desde la entrada en vigor de la Ley, por lo que mejora ostensiblemente la regulación convencional, resultando de aplicación la obligación legal respecto de la negocial, como es obvio. Pese a todo, algunas dudas se plantean en orden a la posibilidad de aplicar aquellos pactos o acuerdos de empresa que, sin tener la naturaleza de convenio colectivo en sentido estricto, han venido regulando al alza la retribución. Una interpretación restrictiva del concepto de convenio colectivo, según la doctrina y la jurisprudencia dominante, llevaría igualmente a una interpretación restrictiva del artículo 11, lo que beneficiaría a las ETTs y serviría para mantener una cierta dualización de las condiciones salariales, si bien para estos casos concretos. Queda claro, por tanto, que la representación sindical de la empresa usuaria deberá asumir como responsabilidad básica el control del salario a pagar a los trabajadores de las ETTs, incluso con la posibilidad de establecer compensaciones a cargo de las empresas usuarias en sus convenios colectivos en caso de eventuales desajustes ⁵¹.
- Los criterios de determinación de la retribución pactada en el convenio de sector, en orden a fijar el contenido de las tablas, permiten un cierto margen interpretativo que pueden introducir disfunciones o diferencias de relieve. En este sentido, se excluyen importantes elementos integrantes del salario, como los complementos personales, de cantidad, calidad de

⁵¹ Esta posibilidad ha sido reconocida por cierta jurisprudencia.

trabajo y restantes de puesto de trabajo. Del mismo modo, la situación jurídica del derecho a determinados complementos resulta bastante confusa, por tanto de difícil interpretación -vg., complementos adicionales *ex art. 26 CC*; retribuciones de las horas extraordinarias *ex art. 33-*, con la consiguiente inseguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta la práctica habitual de impago de estos complementos con carácter obligatorio, salvo mejora voluntaria concedida por la ETT.

Aunque la Ley tampoco resuelve con claridad todas estas cuestiones, sí contiene algunas precisiones de gran interés. Así, establece que la remuneración, identificada con la «*retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio...*», «deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones...». Por tanto, como novedad se recoge la inclusión obligatoria de la parte proporcional correspondiente al descanso semanal. De esta forma, se pretende corregir la generalizada práctica, acorde con el módulo de retribución por hora efectiva, de contratar sólo los días hábiles o laborables, esto es, de lunes a viernes, con objeto de ahorrarse la parte de salario correspondiente al fin de semana -junto a las respectivas cotizaciones sociales-.

- El proceso de convergencia no se extendía a todos los sectores, dejando algunos al margen, existencia de sectores sin convergencia, para los cuales se abría un proceso más amplio de sistematización y aprobación de tablas salariales, lo que junto a la necesidad de adaptación de las tablas salariales a los nuevos convenios colectivos, hace de la convergencia un proceso continuo. La aplicación general de la Ley, que no contempla excepciones, debe ayudar a extender tal principio a todos los sectores.

Además, y a modo de garantías de control y efectividad del buen fin de la nueva regulación, se prevé la mayor implicación de la empresa usuaria, que aparece con nuevas obligaciones como:

- La cuantificación de las percepciones finales del trabajador. Lo cual no dejará de plantear problemas de coordinación -recuérdese que las garantías de retribuciones equivalentes introducidas por determinados convenios sectoriales no eran válidas en tanto en cuanto afectan a terceros que no son ni partes firmantes ni partes obligadas-. La nueva regulación, sin embargo, como se ha señalado, podría requerir una importante matización de esta doctrina -STSJ Murcia 8-10-1998, en aplicación doctrina general STS 28-10-1996-.
- Deber de consignación del salario en el contrato de puesta a disposición, con lo que se transparenta también por esta vía ambos contratos. Pierde, así, fuerza una de las críticas empresariales del sector: el elevado volumen de información de convenios que deberán manejar. La vocación de efectividad de esta obligación de transparencia es tal que incluso constituye una infracción específica, según letra b), apartado 1) artículo 20.

IV. UNA GARANTÍA DE SEGURIDAD EN LOS DERECHOS PENDIENTE: EL PROCESO DE CONVERGENCIA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Tras este detenido análisis de los diferentes contenidos de la reforma, creemos que ha quedado suficientemente acreditado que, sin perjuicio de reconocer una valoración global muy positiva de la misma, la nueva Ley no responde de forma adecuada a todos los problemas generados por la práctica de las ETTs. Lo que pone de relieve su carácter parcial y, por tanto, la dimensión de proceso gradual y progresivo que indicábamos al principio. Son muchas e importantes las cuestiones que quedan pendientes -vg., mayor precisión, o mayores garantías del deber de «dedicación exclusiva a la actividad constitutiva de la empresa de trabajo temporal» (LETT, art. 2.1 b), ahora envuelto en múltiples «zonas grises»; la eventual exclusión de las Administraciones Públicas del mercado de empleo de las ETTs, actualmente no contenida en la legislación laboral vigente, pero que plantea importantes problemas de constitucionalidad y de efectividad de la legislación de la función pública...-.

Ahora bien, parece claro que la principal cuestión que queda pendiente en orden a la reordenación del sistema de gestión flexible de las ETTs, al menos en su consolidación general hoy presente en la práctica, es la relativa a la estabilidad en el empleo, como la propia EM de la Ley deja en evidencia, confirmando lo que es una realidad social y estadística: uno de los principales factores de precariedad reside hoy en la extremada residualidad de la duración de los contratos de estos trabajadores, cuya inmensa mayoría no supera el mes. Una cuestión que se vincula tanto a la ordenación de la duración del contrato de trabajo, promoviendo una mayor estabilidad de los empleos, sobre todo respecto de los trabajadores en misión, cuanto del tiempo de trabajo. Ahora bien, parece evidente que, en este punto, la cuestión puede ser todavía más compleja que la relativa a la equiparación salarial, de ahí la propia cautela del legislador de dejarla pendiente por un lado y, por otro, remitir «la patata caliente» a la negociación colectiva. A este respecto, cabe apreciar ya algunas vías abiertas en esta dirección, si se tiene en cuenta que, a tenor del artículo 32 del Convenio Colectivo ETT/97, a partir de 1-1-1998, debería ser de aplicación lo establecido en cada caso en el convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad de la empresa usuaria -vg., convergencia de la jornada laboral-.

Precisamente, la posibilidad de conjugar simultánea, o incluso sucesivamente, ambos procesos, sumados al creciente intervencionismo administrativo y al refuerzo de la acción sindical, ha llevado a plantear en determinados ámbitos el futuro de estas ETTs ante este nuevo panorama garantista, así como su efecto reflejo de desviación de estas contrataciones al sector de las empresas de subcontratación, con vistas a mantener por parte de las empresas usuarias las ventajas de reducción de costes y reparto de responsabilidades -vg., exteriorización de riesgos empresariales-. A este respecto, se ha enfatizado cómo, en última instancia, *el sistema de gestión no se basa «en esencia» en el precio directo de la mano de obra, sino en la flexibilidad de ésta, pese a que la actual práctica haya seguido un camino diferente*. La aplicación de las normas sobre jornada y sobre contrato a tiempo parcial por las ETTs está concebida para obtener la máxima flexibilidad del tiempo de trabajo de los empleados en misión, garantizando que la empresa usuaria pueda decidir, con la menor antela-

ción posible, cuántas horas quiere comprar y pagar a la ETT y, la ETT, a su vez pagar al trabajador exclusivamente las horas efectivamente trabajadas. ¿Cómo adecuar el tiempo de trabajo a las exigencias de la empresa con los límites derivados de la normativa laboral?

El éxito de este sistema de gestión es fundamental para la supervivencia de las ETTs en el marco del proceso negociado de convergencia salarial, y tras la Ley, de equiparación. Si se excluye obtener la competitividad por la vía del abaratamiento del módulo salarial, la otra vía que queda es la de la flexibilidad del tiempo de trabajo. Se podría renunciar, pues, a precios reducidos -vg., la presión a la baja contra los salarios y las cotizaciones sociales como característica no estructural del sector, pese a su dominio en la práctica- pero no a la flexibilidad de gestión ⁵². El problema, por tanto, una vez más, residirá en definir cuáles son las condiciones adecuadas para mantener esta exigencia de flexibilidad con la búsqueda de mayor estabilidad, en la dirección que, por otro lado, aparece informando todo el proceso de reformas abierto en 1997 y continuado en 1998 y, ahora en 1999, así como, presumiblemente, en el más inmediato futuro, el mítico año 2000.

⁵² De forma que los empresarios puedan aplicar sistemas de gestión «justo a tiempo» en los que solamente paguen las horas que necesitan. Sin embargo, el propio convenio establece una convergencia de horarios: artículo 32 II Convenio, según el cual

«2. La jornada de trabajo del personal en misión se regirá por las reglas siguientes:

Año 1997: Mil setecientas noventa horas de trabajo efectivo al año.

A partir de 1 de enero de 1998 la duración de la jornada será la establecida en cada caso en el Convenio Colectivo sectorial correspondiente a la actividad de la empresa usuaria y, en su defecto, de mil setecientas noventa horas de trabajo efectivo al año.

El horario de trabajo y la distribución de la jornada serán las establecidas conforme al marco horario aplicable a la empresa usuaria, salvo que por necesidades productivas u organizativas se fijen otras distintas. En cualquier caso habrán de observarse las disposiciones de carácter general sobre descanso mínimo entre jornadas».