

Tesis Doctoral

“CONTRATO DE TRABAJO
Y
EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL”

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

Departament de Dret
Universitat Pompeu Fabra
Directora: Julia López López

Barcelona, junio 1998

Dipòsit legal: B.8927-2008
ISBN: 978-84-691-1758-3

CONTRATO DE TRABAJO Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Consuelo Chacartegui Jávega. Julio 1998

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Pompeu Fabra

Directora de la Tesis: Dra. Julia López López

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO PRIMERO. PODERES DEL EMPRESARIO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.....	18
I. FUNDAMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES: TEORÍAS CONTRACTUALISTAS Y TEORÍAS COMUNITARISTAS.	18
1. <i>Teorías contractualistas.</i>	18
2. <i>Teorías comunitaristas e institucionalistas.</i>	28
3. <i>Una opción por la teoría contractualista: el contrato como fuente, fundamento y límite del poder de dirección y del poder disciplinario.</i>	39
II. PODER DE DIRECCIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.	48
1. <i>La empresa usuaria como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador: un acercamiento a las teorías comunitaristas de los poderes empresariales.</i>	48
1.1. La eficacia <i>inter privados</i> de los derechos fundamentales como límite al poder de dirección de la empresa usuaria.....	69
1.2. El papel de la negociación colectiva en la limitación de los poderes empresariales en la empresa usuaria. 94	
2. <i>La empresa de trabajo temporal como empresario contratante: el empresario desde una perspectiva contractualista.</i>	107
2.1. Análisis de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo en las empresas de trabajo temporal. 108	
2.1.1. Voluntariedad.....	110
2.1.2. Dependencia.....	110
2.1.3. Ajenidad.....	116
2.1.4. Retribución.....	121
2.2. La atribución de la condición de empresario a la empresa de trabajo temporal y a la empresa usuaria. 124	
2.3. La función limitativa del contrato celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador.	127
III. PODER DISCIPLINARIO Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.....	135
1. <i>La quiebra de la teoría contractualista del poder disciplinario en las empresas de trabajo temporal.</i>	135
1.1. La disociación entre el poder de dirección y el disciplinario en las empresas de trabajo temporal.....	135
1.2. Las consecuencias de la separación del poder disciplinario en relación al <i>ius resistitiae</i> del trabajador puesto a disposición.	142
1.3. La difícil adecuación entre la conducta infractora y la infracción tipificada en el convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal.....	147
1.4. La ruptura con los principios básicos del derecho sancionador.	160
1.4.1. El principio de inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario y la prescripción de las faltas laborales. 160	
1.4.2. El principio de proporcionalidad entre las faltas y sanciones.....	170
CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y EL TRABAJADOR.	178
I. LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.	179
1. <i>La forma del contrato.</i>	179
2. <i>La obligación de registrar el contrato de trabajo en la Oficina de Empleo.</i>	184
II. LA RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN Y EL CONTRATO DE TRABAJO.	186

1.	<i>El contrato de puesta a disposición.</i>	186
1.1.	Supuestos en los que se prohíbe la celebración del contrato de puesta a disposición.	187
1.1.1.	Esquirolaje.	187
1.1.2.	Realización de actividades peligrosas e insalubres.	190
1.1.3.	Amortización de puestos de trabajo.	193
1.1.4.	Cesión de trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.	200
1.2.	Supuestos en los que puede celebrarse el contrato de puesta a disposición.	200
1.2.1.	Obra o servicio determinado.	201
1.2.2.	Eventualidad.	215
1.2.3.	Interinidad.	227
1.2.4.	Durante el proceso de selección o promoción.	232
1.3.	La continuación de la prestación de servicios una vez finalizado el contrato de puesta a disposición.	246
1.4.	Consecuencias de la ilicitud del contrato de puesta a disposición.	253
2.	<i>El contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador.</i>	256
2.1.	La identidad de causas entre el contrato de trabajo y el contrato de puesta a disposición.	256
2.2.	La inadecuación de determinadas modalidades contractuales no previstas como supuestos del contrato de puesta a disposición.	264
2.2.1.	Contrato en prácticas.	264
2.2.2.	Contrato a tiempo parcial.	267
2.2.3.	Contrato para el fomento de la contratación indefinida.	268
2.3.	La prohibición de celebrar contratos de aprendizaje.	276
2.4.	Relaciones laborales de carácter especial.	279
2.5.	La contratación por tiempo indefinido en las empresas de trabajo temporal.	281
III. PERÍODO DE PRUEBA EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL		288
1.	<i>La ausencia de una regulación específica del período de prueba.</i>	288
2.	<i>Límites a la duración del período de prueba.</i>	290
3.	<i>La relación entre el período de prueba y el contrato de puesta a disposición.</i>	294
4.	<i>El período de prueba del trabajador que ya ha estado contratado anteriormente en la empresa de trabajo temporal.</i>	299
5.	<i>Algunas reflexiones finales sobre la aplicación supletoria de las reglas del art. 14 ET.</i>	303
IV. EL SALARIO DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.		306
1.	<i>El régimen jurídico salarial previsto en la L.E.T.T.: planteamiento del problema.</i>	306
2.	<i>La remuneración de los trabajadores puestos a disposición y el principio de trabajo de igual valor en el ordenamiento internacional y comunitario.</i>	307
3.	<i>El tratamiento de la retribución del trabajador puesto a disposición desde un punto de vista constitucional.</i>	316
4.	<i>El tratamiento de la retribución del trabajador puesto a disposición en la negociación colectiva.</i>	328
5.	<i>La responsabilidad de la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria en relación a las obligaciones salariales.</i>	341
V. TIEMPO DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.		348
1.	<i>Jornada y horario.</i>	348
1.1.	La necesaria determinación de la jornada y del horario de trabajo.	348
1.2.	El tratamiento de la jornada y del horario en la negociación colectiva.	350
2.	<i>Régimen jurídico de los días festivos.</i>	354
3.	<i>Horas extraordinarias.</i>	355
3.1.	La determinación de la empresa legitimada para pactar con el trabajador la realización de horas extraordinarias.	355
3.2.	La obligatoriedad de las horas extraordinarias en la negociación colectiva.	358
3.3.	La determinación temporal de la hora extraordinaria.	360
3.4.	El cómputo anual de las horas extraordinarias.	363
3.5.	La retribución de las horas extraordinarias.	364
4.	<i>Régimen jurídico de las vacaciones.</i>	368
4.1.	Supuestos en los que es posible la compensación económica.	368
4.2.	La determinación del período de disfrute de las vacaciones.	372
VI. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.		375
1.	<i>La determinación inicial del lugar de la prestación de trabajo.</i>	375

2.	<i>El régimen jurídico de la movilidad geográfica en las empresas de trabajo temporal.</i>	379
2.1.	La determinación de la empresa que puede impartir la orden de movilidad geográfica.	379
2.2.	Requisitos de la movilidad geográfica en las empresas de trabajo temporal.	389
2.2.1.	El cambio de residencia del trabajador puesto a disposición.	390
2.2.2.	La justificación causal de la medida.	394
3.	<i>Los cambios en el lugar de trabajo del trabajador contratado por una empresa de trabajo temporal que no implican cambio de residencia.</i>	402
VII. LA MOVILIDAD FUNCIONAL DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.		407
1.	<i>La inserción del trabajador en una categoría profesional.</i>	407
1.1.	La determinación de las funciones en el contrato de trabajo.	407
1.2.	La clasificación profesional en la negociación colectiva.	414
2.	<i>La aplicación de las reglas de movilidad funcional en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.</i>	419
2.1.	La movilidad funcional ordinaria: el empresario facultado para llevarla a cabo.	419
2.2.	La movilidad funcional extraordinaria: las causas justificativas de la decisión empresarial.	425
2.2.1.	La dificultad en el cumplimiento de los requisitos causales en las empresas de trabajo temporal.	425
2.2.2.	La delimitación de las causas en la negociación colectiva.	430
VIII. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.		435
1.	<i>La determinación del objeto del contrato: alcance.</i>	435
2.	<i>Las modificaciones sustanciales de las condiciones del trabajador puesto a disposición.</i>	438
2.1.	Las modificaciones sustanciales de carácter individual.	438
2.1.1.	El empresario legitimado para llevar a cabo las modificaciones sustanciales de carácter individual.	438
2.1.2.	Requisitos para llevar a cabo la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual: especial referencia a las causas.	440
2.1.3.	El tratamiento de las modificaciones sustanciales de carácter individual en la negociación colectiva.	444
2.2.	Las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.	447
2.2.1.	El empresario legitimado para llevar a cabo las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.	447
2.2.2.	La difícil adecuación del procedimiento previsto en el art. 41 E.T. a la corta duración de los contratos.	454
2.2.3.	Requisitos para proceder a la modificación sustancial de carácter colectivo: especial referencia a la intervención de los representantes de los trabajadores.	456
IX. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.		464
1.	<i>La expiración del tiempo convenido como causa de extinción del contrato.</i>	464
2.	<i>La extinción del contrato por voluntad del trabajador.</i>	467
3.	<i>El despido disciplinario.</i>	467
3.1.	La inclusión del despido disciplinario dentro de las facultades disciplinarias atribuidas a la empresa de trabajo temporal.	467
3.2.	Los efectos del despido y la determinación de responsabilidades entre ambas empresas: especial referencia a los salarios de tramitación.	470
4.	<i>La extinción del contrato por causas objetivas: especial referencia a las causas justificativas.</i>	477
5.	<i>La extinción anticipada del contrato de trabajo en la negociación colectiva: su dudosa consideración como causa de extinción del contrato de trabajo.</i>	480
X. LA OBLIGACIÓN DE FORMACIÓN EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.		489
1.	<i>La empresa de trabajo temporal como sujeto obligado a la formación del trabajador.</i>	489
2.	<i>El tratamiento del deber de formación en la negociación colectiva: especial referencia al II Acuerdo para la Formación Continua en el sector de empresas de trabajo temporal.</i>	491
XI. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.		496
1.	<i>Los trabajadores puestos a disposición como colectivo sometido a riesgos específicos.</i>	496
2.	<i>Las obligaciones de la empresa de trabajo temporal y la usuaria en relación a la prevención de riesgos del trabajador puesto a disposición.</i>	499
2.1.	Las obligaciones de la empresa de trabajo temporal.	499
2.1.1.	La obligación de formación.	499

2.1.2.	La obligación de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores.....	504
2.2.	Las obligaciones de la empresa usuaria.	506
2.2.1.	La obligación de informar a la empresa de trabajo temporal.....	506
2.2.2.	La obligación de información a los trabajadores puestos a disposición.	507
2.2.3.	La obligación de informar a los servicios de prevención y a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria.	510
3.	<i>La responsabilidad de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria en los supuestos de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.</i>	512
	CONCLUSIONES.....	523
	BIBLIOGRAFÍA.....	533
	SENTENCIAS CITADAS.	561
	CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.	570

INTRODUCCIÓN.

La promulgación de la Ley 14/1994, de 1 de junio¹, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal -en adelante, L.E.T.T.- ha supuesto la legalización de una figura hasta entonces prohibida en nuestro país. La actividad de la empresa de trabajo temporal -en adelante, E.T.T.- consiste básicamente en la contratación de un trabajador para posteriormente cederlo temporalmente a otra empresa -denominada empresa usuaria- a cambio de una contraprestación económica que paga esta última por la realización de estos servicios. Así, la empresa de trabajo temporal contrata al trabajador con el objeto de que éste desarrolle su prestación laboral en el ámbito de la empresa usuaria, siendo la E.T.T. la que paga la retribución al trabajador por los servicios prestados. Se crea, de esta forma, un peculiar esquema triangular, según el cual, la E.T.T. y el trabajador están vinculados a través de un contrato de trabajo, la E.T.T. y la empresa usuaria mediante un contrato de naturaleza mercantil denominado contrato de puesta a disposición, y por último, el trabajador se integra en la organización productiva de la empresa usuaria, que asume el poder de dirección y control de la actividad laboral, razón por la que -a pesar de la inexistencia de vínculo contractual alguno- se crea una relación entre ambos sujetos que también es objeto de regulación en la L.E.T.T.. Según RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO², las E.T.T. podrían definirse como aquellas “empresas de servicios cuya actividad empresarial consiste en el suministro temporal de trabajadores a otras empresas, clientes o usuarias, con el fin de satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra, en cuanto a cantidad y calidad de ésta; a tal fin seleccionarán contratarán y formarán a un colectivo de trabajadores que pondrán a disposición de las empresas que contraten sus servicios, garantizando que los trabajadores suministrados se acomodan a lo acordado entre ambas empresas”.

El primer paso hacia la legalización de las E.T.T. lo constituye el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación -en

¹ B.O.E 2 de junio.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 29-30.

adelante, R.D.L. 18/1993-³. Con anterioridad a esta norma, la actividad de dichas empresas era ilegal por su inclusión en el art. 43.1 E.T. -en su anterior redacción de 1980-, que prohibía la cesión de los trabajadores contratados por una empresa para cederlos temporalmente a otra. Dicho precepto establece un régimen de responsabilidad solidaria de ambos empresarios - respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social como resultado de la cesión- y el reconocimiento del trabajador cedido a integrarse, como trabajador fijo, en la empresa cedente o cesionaria, a su elección. El único precedente que podemos encontrar en nuestro país antes de que dichas empresas fuesen legalizadas lo constituyen las sociedades estatales que gestionan el servicio de estiba y desestiba de buques, regulado por el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo⁴ - en adelante, R.D.L. 2/1986-, que desempeñan una actividad que guarda notables similitudes con la de las E.T.T.. En esta relación laboral de carácter especial se da la presencia de una sociedad estatal, encargada de contratar trabajadores, darles la formación necesaria y ponerlos a disposición de las empresas encargadas de la prestación de los servicios de estiba y desestiba de buques, denominadas empresas estibadoras. Estas últimas deben acudir a la sociedad estatal para que les proporcione los trabajadores que necesitan para el desempeño de su actividad. La sociedad estatal mantiene la condición de empleador, proporciona la formación al trabajador, le retribuye y ejerce el poder disciplinario⁵. La empresa estibadora ostenta las facultades de dirección y control y es la responsable del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Sin embargo, a pesar de que la actividad desempeñada por la sociedad estatal es, en buena medida, la misma que la que desempeña la E.T.T., ésta solo podía ser realizada por dichas sociedades públicas, y únicamente para la actividad de estiba y desestiba de buques, prohibiendo el art. 43.1 E.T. -en su redacción de 1980- cualquier otro tipo de cesión temporal ejercitada por una empresa privada. La situación de ilegalidad de la actividad de las E.T.T. finalizó con la aprobación del R.D.L. 18/1993, posteriormente con

³ B.O.E. 7 de diciembre

⁴ B.O.E. 27 de mayo.

⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, P.T., “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, Trotta, Madrid, 1997, págs. 26 y ss.

la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación -en adelante, Ley 10/1994-⁶, que formalizó como ley ordinaria el contenido del R.D.L. 18/1993, cuyo art. 2 se ha incorporado al actual art. 43 del RD 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷ -en adelante E.T.-, el cual establece, en el apartado 1º, que “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”.

La L.E.T.T. y el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la L.E.T.T.⁸ -en adelante, R.E.T.T.-, establecen el régimen jurídico de las E.T.T., alterando así sustancialmente la tradición legislativa que las había considerado como una forma de cesión ilegal de trabajadores incluida en el art. 43 E.T. -en su versión de 1980-. Así pues, la primera característica que hay que destacar de la L.E.T.T. es su novedad, que viene dada por la regulación de una parcela de la realidad social que hasta este momento había sido objeto de prohibición. Este cambio legislativo no surge de manera espontánea, sino que es fruto de un proceso en el que han influido diversos factores. Resulta necesario, pues, analizar el marco socioeconómico en el que han surgido las E.T.T. para comprender cuáles han sido las razones de su legalización.

Un sector de la doctrina ha señalado que en la legalización de las E.T.T. ha tenido un papel relevante la incidencia de las tendencias flexibilizadoras en el acceso al empleo⁹,

⁶ B.O.E. 23 de mayo.

⁷ BOE 29 de marzo.

⁸ BOE 2 de febrero.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 114-115; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984, pág. 29; POLLERT, A., “The orthodoxy of Flexibility”, en AA.VV., “Farewell to flexibility?”, Blackwell, Oxford, 1991, pág. 25; SÁNCHEZ FIERRO, J., “El fenómeno de la descentralización productiva”, en AA.VV., (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 11; MANGUM, G., MAYALL, D y NELSON, K., “The temporary help industry: a response to the dual internal labour market”, Industrial and Labour Relations Review, Vol. 38, nº 4, 1985, pág. 601; ORTEGA MÁRQUEZ, I., “Informe sobre las empresas de trabajo temporal”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984, pág. 178; SEGURA NOGUERA, M., “Las empresas de trabajo temporal”, Recull Informatiu del Consell de Col·legis Oficials de Graduats Socials, nº 65, 1993, pág. 13.

como consecuencia de la influencia que poseen aquellas corrientes económicas neoliberalistas sobre el funcionamiento del mercado de trabajo, que parten de la premisa de que el problema del desempleo aparece y se mantiene durante más tiempo cuantos más obstáculos existen al libre funcionamiento del mercado¹⁰, o bien cuando no se cumple el principio de maximización de los beneficios¹¹. Y así, fruto de estas teorías económicas, se insiste en la necesidad de mantener un nivel óptimo de flexibilidad laboral externa o cuantitativa, basado en la utilización de contratos temporales o mercados externos que fomente la adaptación del número de trabajadores en plantilla en función de las necesidades de la producción. La flexibilidad, que se empieza a manifestar en las economías occidentales en los años 70', aparece con un carácter perentorio en la actualidad porque se intensifica la necesidad de adaptación de las empresas a una coyuntura más dinámica y cambiante¹². Sin embargo, el principal inconveniente del concepto de flexibilidad es que no es un concepto jurídico, sino económico, y su contenido es impreciso, aunque se ha definido como “el conjunto de respuestas que se exigen a la fuerza de trabajo ante los cambios producidos en el ambiente económico y en los mercados de productos”¹³.

En mi opinión, resulta más acertado, tal como ha puesto de manifiesto CRUZ VILLALÓN¹⁴, situar el origen de la legalización de las E.T.T. en España dentro del marco de las transformaciones del sistema productivo que han dado lugar a la extensión

¹⁰ El Convenio nº 181 O.I.T., sobre agencias de empleo privadas, de 19 de junio de 1997, destaca este aspecto -tanto en relación con las agencias de colocación como a las E.T.T.- cuando se refiere a “la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo”.

¹¹ ÁLVAREZ ALEDO, C., “El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español. Relaciones entre segmentación laboral y productiva”, CES, Madrid, 1996, pág. 24.

¹² SALA FRANCO, T., “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (coord: RIVERO LAMAS, J.), “La flexibilidad laboral en España”, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pág. 13.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L., “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”, op. cit., pág. 99; CASAS BAAMONDE, M. E., “La reforma del Derecho del Trabajo. Diez años de legislación laboral: 1985-1995”, Relaciones Laborales, T. I., 1995, pág. 69.

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Madrid, 1994, pág. 49. En este sentido, vid, asimismo, PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Consideraciones y propuestas para la regulación de las empresas de trabajo temporal en España”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 73; MATEOS BEATO, A., “Análisis de la descentralización productiva”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 125.

de los fenómenos de descentralización productiva, de entre los cuales las E.T.T. se han convertido en un instrumento al servicio de aquellas empresas que desean optar por estas fórmulas descentralizadoras. La descentralización productiva se produce cuando una empresa -empresa principal- encomienda a otra u otras empresas jurídicamente independientes -empresas auxiliares- el desarrollo de una determinada actividad productiva o de una fase del proceso productivo, de tal forma que estas últimas desarrollan su actividad para la primera de forma autónoma, sirviéndose para ello de una estructura empresarial independiente, lo que incluye también su propia plantilla de trabajadores¹⁵. En un primer momento, las empresas recurrían a la descentralización productiva en aquellos procesos productivos cuya complejidad hacía difícil que una sola empresa pudiese llevarlos a cabo en su totalidad. Y así, actividades como la industria o la construcción se servían con frecuencia de este tipo de mecanismos. Posteriormente, estos fenómenos se han generalizado a todas las actividades, por lo que pierden su sentido originario y pasan a ser un simple mecanismo de adaptación de las empresas a las necesidades del mercado. De esta forma, la descentralización productiva constituye una vía a la que recurren las empresas para poder adecuar la dimensión de la plantilla de la empresa a la demanda de cada momento¹⁶. Forman parte de los fenómenos de descentralización productiva las contratas y subcontratas, las E.T.T. y, en general, todos aquellos mecanismos de interposición a través de los cuales una empresa puede ampliar o reducir el volumen de actividades en atención a la coyuntura económica por la que dicha empresa atraviesa¹⁷. En el ámbito laboral, los fenómenos de descentralización plantean problemas de determinación de la empresa responsable, dificultad que se incrementa cuanto mayor es el grado de atomización de la actividad empresarial como consecuencia del recurso a

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, T. I., 1992, págs. 114 y 115.

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV., “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea”, MTSS, Madrid, 1990, págs. 225 y ss; REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, MTSS, Madrid, 1996, pág. 29.

¹⁷ SALA FRANCO, T., “La descentralización del trabajo”, en DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A., y SALA FRANCO, T., “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, MTSS, Madrid, 1987, pág. 175.

empresas interpuestas¹⁸. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico laboral ha ido admitiendo progresivamente los distintos fenómenos de descentralización productiva, lo que se traduce en una “reducción del campo de aplicación de la relación normal de trabajo y una reducción de la zona más protegida del Derecho del Trabajo”¹⁹.

La actividad desarrollada por la E.T.T constituye una manifestación más de la descentralización productiva, tal como lo pone de manifiesto la propia estructura triangular característica de este tipo de empresas en relación con las empresas usuarias, al poner a disposición a las empresas usuarias trabajadores por ella contratados. De esta forma, la empresa usuaria exterioriza parte de su plantilla a través del recurso a la E.T.T., con lo que consigue una mayor adaptación de la mano de obra a los cambios de la demanda. Así pues, la legalización de este tipo de empresas ha supuesto la juridificación de aquellos fenómenos de descentralización que permiten una mayor disponibilidad de la plantilla a las necesidades económicas de las empresas. De esta forma, el recurso a las E.T.T. por parte de las empresas usuarias permiten a estas últimas una serie de ventajas que, muy a grandes rasgos, podrían resumirse en las siguientes: una mayor adaptabilidad de sus plantillas a las necesidades de la demanda, un enmascaramiento de las dimensiones de la plantilla de la empresa, así como la elusión de la aplicación de normativas sectoriales de origen convencional y, en general, la mayoría de cargas y responsabilidades que el ordenamiento laboral atribuye al sujeto que ostenta la cualidad de empresario²⁰, como se tendrá ocasión de ver al analizar las peculiaridades que presenta este tipo de actividad.

Otra de las causas que han influido en la legalización de las E.T.T. ha sido la influencia de aquellas teorías favorables a la entrada de la iniciativa privada en el acceso al

¹⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M.D., “La situación jurídico-laboral de las empresas de trabajo temporal en España”, *Relaciones Laborales*, T.I, 1991, pág. 16.

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1992, pág. 89. Vid., asimismo, ROMAGNOLI, U., “Il lavoro e i lavori”, *Il Diritto del lavoro*, Gennaio-Febbraio, 1990, pág. 9.

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, *op. cit.*, pág. 23.

empleo, fruto del debate entre lo público y lo privado²¹ que ya venía suscitándose con anterioridad a la Reforma de 1994. A partir del RD-Ley 18/1993 -y posteriormente la Ley 10/1994-, se produce la ruptura del monopolio público que en materia de ingreso al trabajo ostentaba el I.N.E.M.²², regulándose por primera vez las agencias de colocación sin fines lucrativos a través del RD 735/1995, de 5 de mayo²³ y las E.T.T.. La justificación legal a la introducción de estas nuevas figuras se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, según la cual se pretende facilitar la eficacia en la gestión que llevan a cabo los servicios públicos de empleo, los cuales “no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización”. Todo ello se enmarca dentro de una reforma de las relaciones laborales que pretendería, según la misma Exposición de Motivos citada, “el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo”.

Así pues, la Ley 10/1994 justifica la legalización de las E.T.T. dentro del contexto general que supone la entrada de la iniciativa privada en el acceso al mercado de trabajo, como un mecanismo más destinado a la colocación de trabajadores, a pesar de que son instituciones diferentes porque, como se ha visto, la actividad de la empresa de trabajo temporal consiste en ceder trabajadores por ella contratados, y no únicamente en poner en contacto la oferta y la demanda de trabajo, que sería la actividad característica de las agencias de colocación. Sin embargo, a pesar de las diferencias que pueden predicarse de ambas figuras, esta uniformidad a la hora de regularlas se produce también en la normativa internacional, pues incluso la O.I.T. ha regulado a las agencias privadas de colocación y a las E.T.T. en un mismo instrumento normativo -el Convenio nº 181, de 19 de junio de 1997, sobre agencias de empleo privadas-²⁴. Ello responde a la creencia de que

²¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada”, Ponencia presentada a las V Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, octubre, 1993, págs. 25 y ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1994, págs. 15 y ss.

²² CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LÓPEZ “La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo”, Relaciones Laborales, nº 6-7, 1994.

²³ BOE 8 de mayo.

²⁴ En el art. 1 de dicho Convenio nº 181 se define como agencia de empleo privada a “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

las E.T.T. puedan servir como mecanismos que contribuyan al buen funcionamiento del mercado de trabajo, aunque más bien constituirían un mecanismo de exteriorización de la mano de obra de las empresas usuarias que recurren a los servicios de las E.T.T., como ya se ha visto anteriormente.

Ante la finalidad de lograr los objetivos pretendidos por la Ley 10/1994, quizás hubiese sido más adecuado, tal como se ha señalado por un sector doctrinal²⁵, abordar con profundidad una reforma del I.N.E.M., que, manteniendo el monopolio público de la colocación, lograrse paliar las causas que impiden un funcionamiento eficaz del mismo. Entre dichas causas, pueden resaltarse la insuficiencia de recursos o la excesiva burocratización del I.N.E.M., que se comportaría más bien como un mero gestor de las ofertas y demandas de empleo, en vez de servir como agente eficiente de calificación, orientación, formación, selección y colocación de los trabajadores desempleados²⁶. Por otra parte, sería necesaria una mayor adaptabilidad del servicio público de empleo a la demanda de trabajo actual, compleja y diversificada, en la que un gran número de trabajadores detentan una cualificación profesional inadecuada a las nuevas exigencias laborales, lo que incluye el poder dar respuesta a la reconversión de sectores en crisis, que

(...)

b) “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica, (en adelante empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.

Como puede apreciarse, la O.I.T. está incluyendo dentro del concepto de agencia de empleo privada la actividad llevada a cabo por las E.T.T..

²⁵ En este sentido, BAYLOS GRAU, A., “El acceso al mercado de trabajo”, Ponencia presentada en Jornades sobre la Reforma del Mercat de Treball i el Model de Relacions Laborals, Sitges, noviembre, 1993, original mecanografiado, pág. 14; CASAS BAAMONDE, M^a E., “Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo”, Relaciones Laborales, T. II, 1993, pág. 28, señala que resulta necesaria una territorialización de los servicios públicos de empleo porque es el único camino para favorecer “la práctica de actividades de intermediación en el mercado de trabajo sensibles a las diferencias de las ofertas de empleo según las peculiaridades de los sectores y las necesidades de las empresas en las diferentes partes del territorio”.

²⁶ En opinión de VALDÉS DAL-RÉ., F., “Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo” (I), Relaciones Laborales, T. II, 1995, págs. 2-3, las oficinas de empleo no pasaban de desempeñar “funciones descarnadamente burocráticas, comportándose como simples lugares de concentración de demandas y ofertas de empleo, meros notarios de encuentros contractuales, la mayoría de ellos celebrados al margen de los circuitos oficiales y respecto de los cuales las oficinas se limitan a convalidarlos con fines estadísticos”. En este sentido, vid., asimismo, SÁNCHEZ PEGO, J., “La mediación en el contrato de trabajo y en el acceso al empleo. Las agencias de colocación”, en AA.VV., (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 97.

frecuentemente constituyen la causa de desempleo de trabajadores sin demasiadas posibilidades a la hora de volver a encontrar el mismo oficio, así como aquellos sectores en los que se introducen con gran rapidez las nuevas tecnologías²⁷. En mi opinión, esta posición doctrinal -que se manifestaba favorable a una reforma en profundidad de los servicios públicos de empleo para paliar los problemas a los que se ha hecho referencia- resulta acertada si se piensa que la actividad de las E.T.T. difícilmente va a suponer un mecanismo cuyo objetivo inmediato sea la reducción de los altos índices de desempleo, puesto que dicha actividad no es propiamente la actividad de mediación o colocación en el mercado de trabajo²⁸ -a pesar de que previamente lleven a cabo el reclutamiento y selección de dichos trabajadores-, sino la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas con unos fines claramente lucrativos derivados del desarrollo de dicha actividad.

Los objetivos de las E.T.T. están lejos de ser los que caracterizan a las actividades de colocación o mediación en el mercado de trabajo, puesto que su finalidad más inmediata no es lograr una mayor adaptabilidad entre las ofertas y las demandas de empleo a través de mecanismos como la orientación, formación, selección y colocación de los trabajadores desempleados con dificultades en el acceso al empleo. Por el contrario, la actividad de cesión temporal de trabajadores a las empresas usuarias llevada a cabo por las E.T.T. se caracteriza por ser una actividad mercantil lucrativa, cuyo beneficio empresarial viene dado por la diferencia entre los costes de la operación y los ingresos que la E.T.T. cobran a las empresas usuarias por sus servicios²⁹. Y, correlativamente, el recurso a las E.T.T. por parte de las empresas usuarias respondería principalmente a la pretensión de exteriorizar la mano de obra para así poder adaptar su plantilla a las exigencias

²⁷ OJEDA AVILÉS, “Los servicios de empleo en España”, Revista de Seguridad Social, nº 15, 1982, págs. 294.

²⁸ DE LA VILLA GIL, L.E., “Las empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984, págs. 14 y ss. RICCA, S., “Coexistencia de empresas privadas de trabajo temporal y servicios públicos de empleo: efectos y problemas”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 101, nº 2, 1982, pág. 162, añade que “la frecuencia con la que las E.T.T. suministran informaciones no corresponde a la frecuencia con que los mismos servicios públicos compilan y transmiten las suyas”, por lo que una integración entre ambos “se convierte casi siempre en un ejercicio imposible”.

económicas en las que se desarrolla la actividad productiva. Por lo tanto, la legalización de las E.T.T. no puede contemplarse desde la perspectiva de constituir un mecanismo que contribuya a la colocación de trabajadores desempleados, sino como un fenómeno de descentralización productiva que únicamente permite ajustar el volumen de personal al funcionamiento productivo de la empresa.

Otra de las razones que han llevado a la regulación de las E.T.T. viene dada por el hecho de la paulatina legalización de las mismas en los países de nuestro entorno europeo³⁰. Según la Exposición de Motivos de la L.E.T.T., “desde finales de la década de los sesenta, los países de la Unión Europea (...) han venido regulando la actividad de las empresas de trabajo temporal”. Ciertamente, la legalización de las E.T.T. en la práctica totalidad de países europeos ha tenido una importante repercusión en España, puesto que un importante número de sucursales procedentes de E.T.T., en especial de procedencia francesa, se han establecido en los últimos años en nuestro país. En el momento de la promulgación de la L.E.T.T. tan sólo Italia mantenía el tratamiento de este tipo de empresas como un supuesto de cesión ilegal de trabajadores. Pero esta situación ha cambiado con la promulgación de la *Legge di 12 marzo 1997 sul lavoro interinale*, fruto del Acuerdo entre el Gobierno, las organizaciones sindicales y patronales de 24 de septiembre de 1996, cuyo objetivo se enmarca dentro de la paulatina introducción de este mecanismo de descentralización productiva que también se venía imponiendo en el mercado de trabajo italiano. Sin embargo, es necesario matizar que, si bien es verdad que la legalización de las E.T.T. se ha ido produciendo sucesivamente en los países de nuestro entorno europeo, también lo es que la mayoría de ellos poseen una regulación más garantista con respecto a los derechos de los trabajadores puestos a disposición,

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 29.

³⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M., “Las empresas de trabajo temporal. Notas para un estudio”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984, pág. 37; MEULDERS D. y TYGAT, B., “Atypical employment in ECC countries”, The International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations, Vol. 5, 1989, págs. 65-66; KONLE-SEIDL, R., ULLMANN, H. y WALSEI, U., “El espacio social europeo: formas atípicas del empleo y de la duración del trabajo en la Comunidad Europea”, Revista Internacional de Seguridad Social, T. II, 1990, pág. 169 y ss; VELDKAMP, G. y RAETSEN, G., “Las empresas de trabajo temporal y la legislación social en Europa Occidental”, Revista Internacional del Trabajo, 1973, pág. 131.

principalmente en lo que concierne a las normas sobre retribución. Es el caso del *Code du Travail* francés, de la Ley Italiana de 12 de marzo de 1997 y de la AÜG alemana de 1972, como se verá más adelante.

Por otra parte, y siguiendo en el contexto europeo, otro de los motivos determinantes en la legalización de las E.T.T. en nuestro país ha sido la evolución que se ha producido en el seno de las instituciones comunitarias hacia la aceptación de la actividad desarrollada por las E.T.T.³¹. El TJCEE ya se pronunció, en la década de los 70', sobre la licitud de este tipo de empresas, concretamente en la sentencia de 17 de diciembre de 1970 (asunto Manpower)³². El TJCEE, partiendo de la premisa de la licitud de las E.T.T. en el ordenamiento francés, se planteó cuál de las dos ostentaba la cualidad de verdadero empleador del trabajador puesto a disposición, llegando a la conclusión de que el empresario es la E.T.T., ya que ésta retribuye y posee el poder disciplinario para dar por terminada la relación de trabajo. La década de los 80' se inicia con la aparición de la Propuesta de Directiva en materia de Trabajo Temporal y de contratos de duración determinada de 7 de agosto de 1982, modificada el 6 de abril de 1984, continuando en 1990 con tres Propuestas de Directivas: la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de 29 de junio de 1990, relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo³³; la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de 29 de junio de 1990³⁴ y la Propuesta Modificada de Directiva del Consejo, de noviembre de 1990, ambas relativas a determinados contratos y relaciones laborales que implican distorsiones en la competencia³⁵. En el año 1991, y como consecuencia de la necesidad de dotar de una especial protección a los trabajadores

³¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Las empresas de trabajo temporal en la Comunidad Europea", Actualidad Laboral, nº 15, 1993, pág. 281 y ss.; MARTÍN SERRANO, A., "Tratamiento normativo de las empresas de trabajo temporal en el ámbito europeo", en AA.VV., "Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate", Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 44; Estos autores han puesto de relieve que, a pesar de que hasta la Directiva 91/383/CEE no existía norma comunitaria alguna que regulara la naturaleza y funciones de las E.T.T., sí que se promovieron iniciativas tendentes a una armonización de las legislaciones de los estados miembros.

³² Asunto 35/70, Manpower. Puede consultarse en Droit Social, nº 5, 1971, pág. 318.

³³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C, nº 224, de 8 de septiembre de 1990.

³⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C, nº 224, de 8 de septiembre de 1990.

³⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas serie C, nº 305, de 5 de diciembre de 1990.

contratados por una E.T.T. en materia de prevención de riesgos laborales³⁶, se aprobó la Directiva 91/381/C.E.E. del Consejo, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de E.T.T.³⁷. Así pues, la progresiva aceptación de la actividad de las E.T.T. por parte de las instituciones europeas ha contribuido a potenciar la legalización de este tipo de empresas en el ámbito de los países que integran la Unión Europea³⁸. El ordenamiento español no ha sido una excepción en este punto, como lo demuestra el hecho de que el legislador haya tenido en cuenta que el mercado de trabajo español no puede funcionar sin tener en cuenta la realidad de nuestro entorno europeo, tal como se pone de relieve en la Exposición de Motivos de la L.E.T.T.³⁹.

De lo anteriormente expuesto, puede extraerse la conclusión de que la legalización de las E.T.T. en nuestro país no ha sido un fenómeno aislado e independiente, sino que es el fruto de una serie de razones que han llevado a su regulación. De hecho, el legislador ha regulado un aspecto de la realidad social que ya se había introducido *de facto* en nuestro país, como lo muestra el hecho de que este tipo de empresas venían operando en el mercado de trabajo y al margen de la legalidad vigente⁴⁰ -pues, como se ha señalado, su actividad venía prohibida por el art. 43 E.T. (en su redacción de 1980)-, si bien hay que destacar que ni los Tribunales ni la Administración laboral habían perseguido de forma

³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en la Europa Comunitaria”, Relaciones Laborales, nº 6, 1991, pág. 19; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva CEE sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales”, Actualidad Laboral, nº 12, 1992, pág. 197.

³⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, nº 206, de 29 de julio de 1991.

³⁸ ZORRILLA RUIZ, M. y MANRIQUE LÓPEZ, F., “La CEE y las empresas de contratación temporal”, Relaciones Laborales, T. I, 1988, pág. 1226; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio”, Relaciones Laborales, T. I, 1993, pág. 46; MOLERO MANGLANO, C., “Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pág. 372.

³⁹ Según la cual, “la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables”.

⁴⁰ Ante esta situación, algunos autores proponían la legalización de las formas atípicas de empleo mediante una aplicación racional de las normas generales que regulan el trabajo típico. Vid. CÓRDOVA,

enérgica la actividad, entonces ilegal, de las E.T.T.. Ante esta situación, el legislador optó finalmente por su legalización, justificando ésta “desde el convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las E.T.T. no derivan necesariamente de la actividad que realizan sino, en todo caso, de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo capaces de eludir sus obligaciones laborales y de Seguridad Social” (Exposición de Motivos de la L.E.T.T.).

Una vez señalados los motivos fundamentales que han provocado la legalización de las E.T.T. en nuestro país, es necesario poner de manifiesto que la peculiar relación triangular que se desarrolla entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria suscita problemas específicos derivados precisamente de esta estructura trilateral. El problema fundamental podría decirse que se encuentra en la atribución de los poderes empresariales a uno y otro empresario. Por una parte, la E.T.T. celebra un contrato de trabajo con el trabajador, lo que la convierte en el empresario formal de éste. Por otro lado, la empresa usuaria y el trabajador no poseen ningún vínculo contractual, pero mantienen una estrecha relación que no puede quedar ajena al ordenamiento, ya que es esta empresa el sujeto receptor de los servicios del trabajador contratado por la E.T.T., en línea con el concepto de empresario como sujeto receptor de la prestación de servicios del art. 1.2 E.T. El trabajador puesto a disposición se integra dentro del círculo organicista y rector de la empresa usuaria, lo que implica que ésta asume los correspondientes poderes organizativos respecto de la prestación de servicios del mismo.

En función de este esquema triangular, la L.E.T.T. lleva a cabo una peculiar distribución de poderes, de forma que, por una parte, el poder de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidos por la empresa usuaria mientras dure la prestación de servicios -art. 15.1 L.E.T.T.-, y, por otra, el ejercicio de la facultad disciplinaria se asigna a la E.T.T. -art. 15.2 E.T.-. Esta división de poderes supone una ruptura de los

E., “Del empleo total al trabajo atípico: ¿Hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 105, nº 4, 1986, pág.441.

principios contractualistas clásicos del poder de dirección empresarial, lo que hace plantearse cuál es el modelo por el que opta la L.E.T.T. en el esquema de los poderes empresariales. El estudio del tema va a centrarse, pues, en primer lugar, en el análisis de cuál es la teoría de los poderes empresariales que subyace en la regulación de dichos poderes en la L.E.T.T., para lo cual se parte del estudio previo de las dos grandes teorías que se han formulado sobre el fundamento del poder de dirección empresarial, esto es, las teorías contractualistas y comunitaristas. A partir de este estudio previo, se intentará llegar a una conclusión sobre si la distribución de poderes llevada a cabo por la L.E.T.T. puede sostenerse desde una perspectiva contractualista de los poderes empresariales, o bien es necesaria una reformulación de los esquemas contractualistas clásicos que fundamentan dichos poderes directivos.

Posteriormente, se analizan cuáles son las consecuencias de esta distribución de poderes en el ámbito del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, así como el lugar que ocupan la E.T.T. y la empresa usuaria en este tipo de relaciones. Para ello, se parte de la constatación de que la E.T.T. es la empresa que celebra con el trabajador el contrato de trabajo, y por lo tanto, es el empresario formal de aquél, lo que le atribuye -en el esquema triangular objeto de análisis- una serie de obligaciones derivadas de su cualidad de empresario contratante. Asimismo, la empresa usuaria recibe la prestación de servicios y esto constituye un importante elemento que es necesario tomar en consideración, en orden a delimitar las posibles responsabilidades que ésta última estaría obligada a cumplir. Con esta finalidad, se llevará a cabo un análisis transversal de las distintas instituciones del contrato de trabajo y su encaje dentro de la específica estructura triangular que se establece entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria.

CAPÍTULO PRIMERO. PODERES DEL EMPRESARIO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

I. FUNDAMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES: TEORÍAS CONTRACTUALISTAS Y TEORÍAS COMUNITARISTAS.

Para poder analizar la atribución de los poderes empresariales dentro del esquema triangular de las E.T.T., es necesario un análisis previo de las diferentes teorías del poder de dirección empresarial. La doctrina se agrupa en torno a dos grandes tendencias en relación a la justificación de la legitimidad de los poderes directivos empresariales: las teorías contractualistas y las teorías comunitaristas. En este capítulo se procederá, en primer lugar, a exponer las líneas esenciales en las que se basa cada una de ellas, lo que permitirá efectuar la elección correspondiente por la teoría que, en mi opinión, resulta la más coherente con el modelo de relaciones laborales que preside nuestro ordenamiento: la teoría contractualista. En segundo lugar, el análisis de estas dos teorías permite también identificar cuál es el modelo que se sigue en aquellas relaciones específicas en las cuales interviene una empresa de trabajo temporal, y poner así de manifiesto las profundas diferencias que este tipo de estructuras trilaterales presentan con respecto a los esquemas contractualistas de los poderes empresariales.

1. Teorías contractualistas.

Bajo este primer grupo se circunscriben todas aquellas opciones doctrinales que sitúan la fundamentación y límites del poder de dirección del empresario en el contrato de trabajo, desde la propia estructura jurídica del pacto celebrado entre el empresario y el trabajador. De esta forma, el recurso al contrato desempeña una función legitimadora, de modo que el poder existe porque hay un pacto que lo sustenta, y los límites al poder de dirección empresarial quedan explicados desde su propia voluntad pactada⁴¹. Así

⁴¹ Analizando esta posición, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, Civitas, Madrid, 1991, págs. 24 y 25, ha señalado -aunque a propósito de la fundamentación del poder

pues, para las tesis contractualistas, el contrato de trabajo es el negocio jurídico bilateral que hace nacer la relación de trabajo entre los dos sujetos contratantes, trabajador y empresario⁴². El contrato de trabajo cumple la doble función de ser la fuente constitutiva de la relación laboral y de regular las condiciones en que dicha relación ha de desenvolverse, a través de los pactos que tengan por conveniente⁴³.

En un primer momento, la tesis contractualista estaba marcada por los primeros planteamientos liberales⁴⁴, en los que el contrato consolidaba los poderes del empresario, legitimando a su vez un derecho de propiedad de éste sobre la prestación laboral de sus trabajadores. La pretendida “libertad de las partes”⁴⁵, derivada de la transposición de los esquemas civiles al contrato de trabajo, se pretende canalizar a través del mismo. En el régimen liberal -una de cuyas manifestaciones en España es el Decreto de 8 de junio de 1813- quien posee el capital está legitimado para dirigir el trabajo que se presta por su cuenta y riesgo, y es en esta época cuando el poder de dirección se comienza a encauzar a través de figuras jurídicas como los reglamentos de taller a los que el trabajador se adhiere, “significando tal adhesión la confirmación jurídica de una situación de hecho”⁴⁶. Bajo estas primeras tesis contractualistas liberales, la fundamentación del poder de dirección del empresario viene dada por el hecho de que es este mismo sujeto el titular de la empresa donde el trabajador desarrolla la prestación, constituyendo el contrato de trabajo el título jurídico a través del cual se

disciplinario, reflexiones que son aplicables también en relación al poder de dirección- que “históricamente, tal parece que la primera explicación que se proporciona acerca del fundamento del poder disciplinario hace residir éste en el contrato”, de forma que “a consecuencia del contrato, las partes pueden establecer los pactos que estimen convenientes, que entre ellos serán ley”.

⁴² Tal como señala LYON CAEN, A., “Actualité du contrat de travail”, *Droit Social*, nº 7-8, 1988, pág. 540, “le contrat est la forme juridique qu’est réputé revertir le rapport de travail”.

⁴³ BLASCO PELLICER, A., “La individualización de las relaciones laborales”, CES, Madrid, 1995, pág. 41.

⁴⁴ CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G., “Derecho del Trabajo”, Traducción al castellano de RAMÍREZ MARTÍNEZ, J., Aguilar, Madrid, 1974, pág. 28; BAYÓN CHACÓN, G., “La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 1955, pág. 16.

⁴⁵ Tal como señala BAYLOS GRAU, A., “Derecho del Trabajo: modelo para armar”, Trotta, Madrid, 1991, pág. 71, “el acuerdo negociado libremente entre empresario y trabajador no es sino la expresión de la prevalencia indiscutida de la voluntad unilateral del empleador”.

⁴⁶ Según MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, op. cit., 1965, pág. 28, “el fundamento o título que justifica el ejercicio del poder de dirección no es ya, como en la época gremial, la superioridad técnica y profesional del maestro, y la organización jerárquica de los oficios, sino el derecho

manifiesta la propiedad de la prestación de trabajo desarrollada por sus trabajadores, como un elemento más de los que constituyen su explotación. La relación parece basada en un contrato concluido libremente, aunque esto no es más que una utopía liberal, por lo que se impone la necesidad de restringir la libertad de contratación del trabajador para proteger precisamente su libertad, para salvaguardar a éste del contratante que ostenta la posición más fuerte en la relación contractual, esto es, el empresario⁴⁷. Es por ello que surge la necesidad de regular una legislación protectora de carácter indisponible, que limita la libertad de contratación de las partes, de tal forma que ningún trabajador incluido en el campo de aplicación de la ley puede válidamente comprometerse a trabajar bajo unas determinadas condiciones prohibidas por la norma, por lo que “aunque se comprometa, continúa libre para incumplir su promesa”⁴⁸.

Sin embargo, no es esta primera concepción liberal-contractualista la que hoy en día se concibe como paradigma de las tesis contractualistas del poder de dirección. Una vez superada esta primera etapa, se configura la noción actual, según la cual el contrato de trabajo es el presupuesto del ejercicio del poder de dirección en la empresa, y en base a éste como título jurídico, el empresario se encuentra limitado a la hora de definir las obligaciones del trabajador a su servicio por lo pactado previamente. La prevalencia del contrato como fundamento del poder de dirección implica que los resultados a los que llegue la empresa como organización constituyen elementos ajenos o externos al contrato que no pueden modificar su naturaleza creando, suprimiendo o alterando facultades que no se han integrado previamente dentro del mismo. En base a ello, puede afirmarse que la fuente y el límite del poder de dirección del empresario viene constituida por el contrato de trabajo, de tal forma que éste ejerce el poder directivo en cuanto que es parte de la relación jurídico-laboral, y no por ser titular de una organización -tal como se defiende por las teorías comunitarias de empresa, según se

de propiedad del empresario, abstracción hecha de sus posibles conocimientos técnicos, que ni siquiera resultan ya sustanciales”.

⁴⁷ SINZHEIMER, H., “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, pág. 96, pone de relieve que “el Derecho del Trabajo es el primer Derecho que se rebela contra el libre juego de las relaciones de poder y su azaroso resultado”.

⁴⁸ KAHN-FREUND, O., “Trabajo y Derecho”, MTSS, Madrid, 1987, págs. 61 y 62.

expone más adelante-. Esta ha sido la opción acogida por el Tribunal Federal de Trabajo alemán a partir de 1985, después de abandonar la opción comunitarista. Desde entonces se considera la relación laboral a modo de relación de intercambio, como consecuencia de que el trabajador y el empresario poseen intereses diferentes. El principio jurídico de fidelidad recogido en el art. 242 del Código Civil alemán únicamente obliga a ambas partes a respetarse mutuamente, pero no a la renuncia de derechos del trabajador por el hecho de su integración en la estructura empresarial. Asimismo, en la determinación concreta de los deberes también es preciso tener en cuenta los principios generales del Derecho Constitucional⁴⁹.

A tenor del art. 1091 C.C., “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. El contrato de trabajo no es ninguna excepción en este sentido, ya que, precisamente por constituir una relación de naturaleza contractual entre el empresario y el trabajador, se establece un vínculo jurídico entre las partes, regulando entre ellas condiciones objetivas y debiéndose considerar aquellas obligadas -desde el momento en que se perfecciona el contrato- a cumplir las obligaciones contraídas⁵⁰. Asimismo, hay que tener en cuenta que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 C.C.), y que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 C.C.). En este sentido, la aplicación de la teoría general de las obligaciones y contratos a las relaciones laborales se configura como uno de los argumentos jurídicos legitimadores de la posición contractualista del poder de dirección, de tal forma que dicho poder ha de quedar circunscrito a lo que se haya pactado previamente por las partes.

El contrato de trabajo se perfecciona por el mero consentimiento, por lo que no se hace necesaria la incorporación a la empresa o la ejecución efectiva de las

⁴⁹ DÄUBLER, W., “Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1994, pág. 549; GARRORENA MORALES, A., “El Estado español como Estado social y democrático de derecho”, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 140.

prestaciones mutuas efectuadas en aquél para que el contrato se perfeccione. Según la regulación del consentimiento contenida en el art. 1262 C.C., éste “se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. Aplicando la teoría general de los contratos al contrato de trabajo, puede afirmarse que de la conjunción de la oferta de trabajo hecha por el empresario y de la aceptación sobre el contenido objetivo de este contrato y su causa por el trabajador nace éste, cuyas prestaciones podrán desenvolverse en un momento inmediatamente posterior o aplazarse hasta una fecha determinada.

Ahora bien, en todo caso, el vínculo jurídico habrá quedado perfeccionado ya en ese momento inicial⁵¹, por lo que a partir de ese momento únicamente es posible una modalización de su contenido. De este modo, la autonomía de las partes en el contrato de trabajo juega un papel determinante en la creación del vínculo contractual y en la modificación y la extinción del mismo. En lo que respecta a la modificación y a la extinción, hay que hacer la salvedad de que el contenido del contrato se encuentra limitado por la normativa heterónoma, que puede contener una reserva de ley absoluta, o ser en otros casos prescripciones de carácter mínimo susceptibles de una inderogabilidad relativa, supuestos éstos últimos en los que se contiene una reserva a la voluntad contractual, en tanto por esta vía se introduzca una norma más favorable que la que se impone con carácter mínimo a las partes por una fuente de origen estatal o profesional⁵². Así, las leyes crean mecanismos que aseguran la efectividad de las normas para proteger al trabajador que reclama su cumplimiento. De esta forma, las leyes limitan la esfera del deber de obediencia del trabajador y extienden la de su

⁵⁰ RIVERO LAMAS, “La novación del contrato de trabajo”, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 20.

⁵¹ ALONSO GARCÍA M., “La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 35.

⁵² RIVERO LAMAS, “La novación del contrato de trabajo”, op. cit., 1963, págs. 15 y 16, y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El principio de norma más favorable y las Reglamentaciones de Trabajo”, Revista de Política social nº 53, 1962, págs. 248, destaca la importancia de que “el carácter imperativo de las normas laborales, esto es, el imponerse a la voluntad de las partes de la relación de trabajo, consiste no tanto en la fijación de un contenido obligatorio, como en el señalamiento de unos límites que tienen que ser respetados por las partes necesariamente”.

libertad. Esta es la función originaria del derecho del trabajo y su función más importante⁵³.

En lo que al poder disciplinario se refiere, para los autores partidarios de las teorías contractualistas, el contrato también supone el fundamento y el límite de la potestad sancionatoria del empresario. Dentro del ámbito del contrato de trabajo, las partes pueden establecer los pactos que estimen convenientes y que no sean contrarios a la ley y a las normas convencionales, de tal forma que en dichos pactos residirá la legitimidad de la imposición de un sistema de sanciones que actúe frente a los incumplimientos contractuales. Según esta opción interpretativa, el recurso al contrato desempeña una función legitimadora de todo el sistema sancionador⁵⁴. Desde el contrato de trabajo se justifican las facultades disciplinarias en el plano individual como un contenido necesario del mismo, sin necesidad de buscar otras justificaciones que recaigan fuera del mismo. Así pues, el poder disciplinario posee una raíz contractual, de manera que el sometimiento a la responsabilidad disciplinaria del trabajador es inherente a la misma esencia del contrato de trabajo. Desde esta óptica, el contrato actúa como límite del poder disciplinario, atribuyéndose al empresario la potestad disciplinaria en función del vínculo contractual que le une con el trabajador.

Fuera de los límites contractuales, así como de aquellas previsiones que se contengan en las normas, resulta ilícito sancionar al trabajador, en aras a una estricta aplicación del principio de tipicidad de las infracciones laborales consagrado en el art. 58 E.T., según el cual “los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”. Así pues, es una norma externa, ajena a la disponibilidad del empresario, la que debe establecer las faltas y sanciones y la graduación entre ellas, sin

⁵³ KAHN-FREUND, O., “Trabajo y Derecho”, op. cit., pág. 53; JEMMAUD, “Les fonctions du droit du travail”, en AA.VV. “Le Droit capitaliste du travail”, Presses Universitaires, Grenoble, 1980, pág. 178.

⁵⁴ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 24-25.

que se atribuya al empresario la facultad de establecer el régimen disciplinario por vía de autonomía individual⁵⁵.

El poder disciplinario se origina dentro de un esquema contractual, si bien dicha fundamentación contractual no puede explicarse únicamente bajo los esquemas contractuales civiles, ya que existe una inadecuación de los mecanismos previstos en el derecho privado para hacer frente a los incumplimientos del trabajador. Desde el punto de vista del diseño contractual puramente civil, únicamente son previsibles tres mecanismos disciplinarios: la ejecución forzosa de la prestación laboral, la resolución de la relación o la exigencia de reparación del perjuicio causado (art. 1124 C.C.). La inadecuación de dichos mecanismos al contrato de trabajo se pone de manifiesto si se tienen en cuenta las particularidades que rodean la relación laboral entre el empresario y el trabajador. En primer lugar, la ejecución forzosa resulta inviable en un sistema de trabajo libre, sin que pueda exigirse el cumplimiento obligado de la prestación laboral. En segundo lugar, la resolución de la relación laboral supone una solución extrema que únicamente se justifica en aquellos supuestos de extrema gravedad y que resulta excesivo en los supuestos de incumplimientos leves, además de que, teniendo en cuenta el principio de tipicidad en materia sancionatoria laboral, ha de estar previsto como sanción en la normativa legal o convencional. Por último, el resarcimiento del daño o la reparación del perjuicio causado resulta también impracticable en el ámbito laboral si se tiene en cuenta que la realidad y la cuantía del daño deben de probarse, además de la posible insuficiencia patrimonial del trabajador para hacer frente a dicho resarcimiento. Es por ello que dicha inadecuación de los mecanismos civiles obligan a la redefinición de un poder disciplinario específico en el ámbito laboral. Ahora bien, estas particularidades no implican que exista un sistema de responsabilidad del trabajador alejado de toda raíz contractual. Por el contrario, la especificidad de la relación contractual se basa en el interés del trabajador a la conservación de la relación de trabajo, para lo que es necesaria la previsión de sanciones menos graves que el despido,

⁵⁵ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, *Actualidad Laboral*, nº4, 1996, pág. 121.

a fin de que sea factible el mantenimiento de dicha relación. Por consiguiente, para las teorías contractualistas resulta indiscutible el origen contractual del poder disciplinario, si bien ello ha de armonizarse necesariamente con un sistema de responsabilidades que tengan en cuenta las particularidades que se dan en el contrato de trabajo, puesto que no resultan aplicables los mecanismos civiles previstos en los casos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes⁵⁶.

En base a las consideraciones expuestas, puede señalarse que la responsabilidad disciplinaria del trabajador -que surge correlativamente al poder de dirección del empresario- es el resultado de la adaptación del sistema general de responsabilidad a las particularidades propias del contrato de trabajo, especialmente en lo que concierne al interés del ordenamiento jurídico-laboral a la conservación del mismo. Se integra así para el trabajador un sistema disciplinario que se separa del sistema general de responsabilidad del deudor en el Derecho civil, quedando el trabajador sometido a unos mecanismos de responsabilidad que se separan de los medios de reacción frente a los incumplimientos existentes en el Derecho privado. Este tratamiento diferenciado no implica, por sí mismo, que el trabajador sea un deudor privilegiado en cuanto a la exigencia de responsabilidad se refiere, ya que sostener una posición favorable del trabajador en cuanto a su responsabilidad disciplinaria supondría olvidar la posición de supremacía que el empresario ejerce en el contrato de trabajo y, más concretamente, desconocer la posición predominante del mismo a la hora de exigir responsabilidades ante posibles incumplimientos contractuales del trabajador.

Por el contrario, el reconocimiento -sin otras limitaciones- del poder disciplinario, con el objeto de corregir las deficiencias de los medios de responsabilidad previstos en el ordenamiento civil, podría suponer la ampliación del ámbito de

⁵⁶ DURÁN LÓPEZ, F., "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador", *Revista de Política Social*, nº 123, 1979, pág. 13 señala, en este sentido, que "la especificidad de la relación laboral justifica un sistema de responsabilidad distinto para el deudor-trabajador: un sistema en el que se inserta su responsabilidad disciplinaria y que no sería más que la adaptación a la relación derivada del contrato de trabajo de los principios de la responsabilidad civil, que de otra forma resultan ineficaces en la misma".

responsabilidad del trabajador como consecuencia de una valoración mucho más rigurosa de los incumplimientos contractuales que, en el ámbito del Derecho privado, quedarían probablemente sin sanción por su escasa importancia. Es por ello que, junto al reconocimiento de un poder disciplinario del empresario, es necesario admitir la existencia del papel limitativo que el contrato de trabajo posee en relación a dicho poder, ya que, de lo contrario, estaríamos en presencia de un poder exorbitante, consecuencia inevitable desde una opción comunitarista, pero no desde la perspectiva contractualista según la cual el contrato no sólo actúa como fundamento sino también como límite del poder disciplinario. La función limitativa del contrato de trabajo viene complementada por el establecimiento normativo de una serie de garantías y límites al ejercicio del poder sancionatorio: es lo que se ha denominado por la doctrina “la juridificación del poder disciplinario”⁵⁷ del empresario, surgido con la finalidad fundamental de evitar la existencia de un poder ilimitado y arbitrario de éste.

La propia fundamentación contractual del poder disciplinario empresarial implica, pues, la configuración propia de un sistema disciplinario específico en el ámbito del contrato de trabajo distinto al previsto en el ámbito del Derecho privado, pero también basado y limitado por lo pactado en aquél. Esta conclusión lleva a plantearse el problema de la relación entre la responsabilidad disciplinaria del trabajador y la posible coexistencia o no con la responsabilidad contractual en función de los principios y las normas civiles. En mi opinión, la configuración del poder disciplinario en función de las particularidades que presenta la relación surgida entre empresario y trabajador como consecuencia del contrato de trabajo implica la exclusión de cualquier otro mecanismo civil de responsabilidad compatible con aquél por una serie de razones. En primer lugar, a esta conclusión se llega si se tiene en cuenta que la teoría de la ajenidad, como criterio definitorio del contrato de trabajo, implica -entre una de sus manifestaciones- la asunción de los riesgos por parte del empresario, de forma que el

⁵⁷ Según DURÁN LÓPEZ, F., “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, op. cit., pág. 26, desde el momento en que el legislador toma conciencia de las implicaciones de fondo del poder disciplinario “las limitaciones al mismo, las cautelas en torno a su ejercicio y las garantías para el trabajador aumentan necesariamente”.

trabajador tendrá derecho a percibir del empresario una retribución económica garantizada e independiente del riesgo en la ejecución de ésta. En este sentido, la prestación laboral se aparta de los esquemas civiles de responsabilidad referida a la pérdida de la cosa (*periculum rei*), como a la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*periculum obligationis*) como al riesgo de que, aun realizada la prestación en los términos previstos y sin que medie pérdida de la cosa, el empresario no alcance el beneficio esperado⁵⁸.

Por otra parte, si se exigiese una doble responsabilidad al trabajador -la disciplinaria laboral y la contractual civil- se produciría una ampliación de la responsabilidad que se opone a la configuración del poder disciplinario como un sistema propio de responsabilidades en el ámbito de las relaciones entre empresario y trabajador que surge, precisamente, como consecuencia de la insuficiencia que plantean los mecanismos de responsabilidad propios del Derecho privado. Así pues, considero difícilmente sostenible una acumulación de responsabilidades contractuales y disciplinarias en la persona del trabajador, puesto que si el poder disciplinario laboral surge precisamente para dar una solución a la inadecuación del sistema civil de responsabilidad, resultaría contradictorio defender un sistema paralelo a través del cual se exija, simultáneamente, dicha responsabilidad civil. Por ello, lo que se produce, a mi juicio, es una absorción de la responsabilidad civil contractual por la responsabilidad disciplinaria, de forma que aquélla queda sustituida por esta última. La doctrina partidaria de la acumulación de la responsabilidad disciplinaria con la responsabilidad contractual se apoyaba en la existencia del art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo, en el que se consagraba la obligación del trabajador de indemnizar los perjuicios culpablemente causados en los locales, los materiales, las máquinas y los instrumentos de trabajo. Con base en este precepto se defendía la existencia de una norma general de fijación de una responsabilidad indemnizatoria del trabajador que sería exigible con

⁵⁸ Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado. Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, op. cit., págs. 503-504.

arreglo a las normas del Código Civil (art. 1.101)⁵⁹. Sin embargo, con la desaparición de este tipo de responsabilidad en el Estatuto de los Trabajadores se suprime la argumentación principal en favor de la acumulación de la responsabilidad disciplinaria y de la responsabilidad civil y, en consecuencia, se refuerza la postura a favor de la consideración del poder disciplinario como la única potestad que puede hacerse valer en aquellos supuestos en que se producen incumplimientos contractuales por parte del trabajador.

2. Teorías comunitaristas e institucionalistas.

Si para la concepción contractualista del poder de dirección éste se consideraba vinculado fundamentalmente a la relación individual de trabajo, en las teorías comunitaristas se prescinde, en mayor o menor medida, de ésta para estudiar este poder desde el seno de la empresa, como consecuencia de la trascendencia que la misma supone para el campo de la investigación sociológica y jurídica de los poderes del empresario⁶⁰. La teoría institucionalista vincula el poder de dirección al titular de la organización que ostenta el empresario; es un poder originario, que se genera por el hecho de que existe una colectividad organizada y que se sitúa en manos de quien dirige la organización para que ésta pueda alcanzar su fin. Para el estudio de estas teorías, puede partirse de la definición que sobre dicho poder ha proporcionado MONTOYA MELGAR, según el cual “el poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”⁶¹.

⁵⁹ En contra de esta interpretación se manifiesta DURÁN LÓPEZ, F., “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, op. cit., págs. 50 y ss., para quien el sistema de responsabilidad del trabajador es un sistema complejo en el que se integran ambos tipos de responsabilidad -contractual y disciplinaria-, sosteniendo asimismo la posibilidad de acumulación de ambas.

⁶⁰ Así lo ha puesto de manifiesto ALONSO OLEA, M., “Sobre el poder de dirección del empresario”, *Revista de Política Social*, nº65, 1965, pág. 105, al señalar que “el contrato de trabajo ni agota ni explica en su integridad el poder de dirección, como tampoco los poderes que el contrato confiere se restringen al de dirección”.

⁶¹ MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 44.

El argumento básico de la teoría comunitarista en su formulación inicial es que la actividad humana como objeto del contrato de trabajo afecta y vincula la personalidad del trabajador de una manera tan directa que impide la consideración de éste como un simple contrato de intercambio de bienes económicos⁶². En el ejercicio de su poder de dirección, el empresario no tiene en cuenta las situaciones individuales de cada uno de los trabajadores, ya que cobra prevalencia el interés general de la empresa⁶³. El trabajo asalariado -se dice- es, de manera relevante para el derecho, un componente inseparable de la libre personalidad del trabajador, que no puede ser considerado como una mercancía, y que, por encima de sus relaciones patrimoniales, fundamenta una relación personal entre señor y servidor⁶⁴.

La doctrina de la relación de trabajo como relación comunitaria tiene su origen en Alemania, a principios de siglo, se abandona casi totalmente en la República de Weimar, por el significado político progresista de la doctrina del momento, pero reaparece como posición oficial del nacional-socialismo⁶⁵ y se ha mantenido como doctrina entre algunos laboristas alemanes actuales. Para GIERKE, el contrato de servicios crea al mismo tiempo un derecho de señorío que otorga un poder sobre la persona como tal. Así, el que recibe el servicio tiene a su disposición la fuerza de trabajo del obligado y puede dirigir su actividad según su voluntad al fin propuesto. Este poder alcanza a la personalidad del trabajador, inseparable de la prestación de trabajo, y el sujeto que lo ejerce en el sistema capitalista sólo puede ser el empresario. La prevalencia de la relación personal por encima de la jurídica se pone de manifiesto para

⁶² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 27, señala que “con esta orientación, la voluntad del afectado deja de desempeñar función legitimadora alguna -ni siquiera función reguladora-; si acaso hay límites reconducibles al contrato, estos vendrán a través del Reglamento de Régimen Interior -integrado en el contrato, para la jurisprudencia francesa-.”

⁶³ CAMERLYNK, G.H., “Droit du Travail. Le contrat de travail”, Dalloz, Paris, 1982, pág. 236.

⁶⁴ MARTÍN VALVERDE, A., “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en AA.VV., “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, págs. 81-82. Para GIERKE, O., “Las raíces del contrato de servicios”, op. cit., “la fidelidad contractual general se da aún cuando falten disposiciones legales o contractuales; el obligado al servicio tiene un deber cuyo contenido personal es la fidelidad al mismo”.

⁶⁵ Tal como señala SEMPERE NAVARRO, A.V., “Nacionalsindicalismo y relación de trabajo”, Akal, Madrid, 1982, pág. 138, “para el relacionismo nacionalsindicalista, si se posee una concepción jerarquizada de la empresa y se sitúa a su frente el jefe de Empresa, habrían de entablarse relaciones de tipo personal entre sus miembros”.

este autor cuando señala que “la organización jurídica de un conjunto viable es impensable sin el sometimiento de los miembros a un poder unitario que dirija hacia una meta”⁶⁶.

La fidelidad debida juega, pues, un papel multiplicador de los deberes y obligaciones que caracterizan la posición jurídica del trabajador, ya que en base al interés en el buen funcionamiento de la empresa pueden justificarse todo tipo de obligaciones que serían difícilmente comprensibles bajo el prisma de la teoría contractualista -por ejemplo, el deber de prestar trabajo extraordinario, el deber de llevar una vida privada que no perjudique a la empresa, el deber de reserva de las noticias que puedan ir contra el buen nombre de ésta (aunque sean verdades plenamente demostrables), entre otros-. Así pues, como consecuencia de este deber de fidelidad, se produce una notable restricción del ámbito de la esfera privada del trabajador, absorbida por la concepción de la comunidad de empresa que prácticamente reduce al mínimo todo el interés individual o colectivo de los trabajadores. El deber de fidelidad es la manifestación más característica de la concepción comunitarista del poder de dirección del empresario, de tal forma que las consecuencias interpretativas se manifiestan, especialmente, a nivel de mando y disciplina por parte del empresario. La relación laboral se incorpora a la vida privada del trabajador como un elemento más de la misma.

Esta relación personal sobre la que descansa esta opción interpretativa se justifica a su vez en el hecho de que la organización que sustenta el correcto funcionamiento o rumbo de la empresa es imposible si no se someten sus miembros hacia un poder unitario que los dirija hacia un mismo objetivo. El art. 70 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 es un claro ejemplo de la asunción de esta concepción

⁶⁶ GIERKE, O., “Las raíces del contrato de servicios”, Traducción y comentario crítico por BARREIRO GONZÁLEZ, G., Madrid, Cuadernos Civitas, 1982, pág. 39. Tal como señala BARREIRO comentando la obra de GIERKE, “la existencia de la relación de poder es necesaria para GIERKE entre el sujeto y la organización de la que forma parte. Es impensable una organización jurídica sin la sumisión de sus miembros a un poder directivo”.

comunitarista⁶⁷, al establecer que “los trabajadores deberán fidelidad a la empresa en que trabajen”. Fruto de la doctrina comunitarista es el modelo unitario de relaciones laborales, en el que se propugna la sustitución de la figura del contrato de trabajo por la relación de trabajo extracontractual, fundada en el hecho de la incorporación a la organización de la empresa, y que aparece en algunas normas de la época franquista⁶⁸. La ideología que subyace en esta concepción se puede resumir en “trabajo y bien común”, así como la consideración de la empresa como sistema unitario, lo cual lleva a afirmar que únicamente existe una fuente legítima de autoridad y un solo centro de lealtad en la empresa. De ahí que el trabajador deba prestar un comportamiento leal y obediente. Las consecuencias que ello tiene en el plano colectivo son la negación del valor al conflicto laboral y la no legitimación de la presencia del sindicato en la empresa por constituir un acto de intrusismo en la misma.

La concepción comunitarista refuerza el poder de dirección del empresario en el sentido de no admitir ninguna intervención ajena al empresario y trabajador, ya que éste se justifica en base al “bien común” que constituye la organización empresarial tanto para el empresario como para los trabajadores. Se compara el modelo empresarial unitario con el de otras estructuras sociales, como las familiares y al empresario con el buen padre de familia que mira por el interés de sus hijos cuando les está imponiendo su voluntad que éstos han de acatar. Este modelo unitario de relaciones laborales fue el modelo imperante desde los años 40 hasta la promulgación del Estatuto de los trabajadores en el año 1980. A consecuencia de este reforzamiento del poder de dirección, se justifica la idea del derecho del empresario a requerir una obediencia incuestionable al trabajador a través de la aplicación por la jurisprudencia del principio *solve et repete*, por el cual el trabajador se ve compelido a obedecer, sin perjuicio de una hipotéticamente posterior reclamación judicial. Además, se fomenta la adopción de medidas coercitivas para que su voluntad sea respetada, impidiendo conductas que

⁶⁷ DIÉGUEZ CUERVO, G., “La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo”, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 24.

puedan perturbar el propio sistema. El papel de la normativa legal estatal se subraya fuertemente, afirmándose que la intervención legal es la que puede regular directamente la conducta del hombre e imponer las sanciones jurídicas directas.

Los partidarios de la teoría comunitarista fundamentan también el poder disciplinario en el colectivo surgido de los diferentes contratos individuales, considerando el sistema de sanciones como un elemento vital de toda organización y el contrato de trabajo como un mero “acto-condición” de la institución disciplinaria. A través de una visión comunitarista de las facultades empresariales, éstas se conciben como instrumentos de defensa del orden en la empresa, y no únicamente como garantía de los derechos particulares del empresario como acreedor de la prestación, por lo que se justifica la facultad disciplinaria discrecional en función de intereses ligados a la organización empresarial que trascienden al ámbito específico del empresario, en los que también estarían comprometidos los trabajadores en la medida en que la empresa y su organización es para ellos un ámbito de convivencia en el que el mantenimiento de un determinado orden les concierne directamente⁶⁹.

La doctrina francesa⁷⁰ partidaria de la opción comunitarista ha señalado que si la aplicación de sanciones en que se traduce el ejercicio del poder disciplinario tiene como presupuesto la inobservancia de conductas impuestas a los trabajadores por el empresario en virtud de sus potestades discrecionales de organización y directivas, necesariamente habrá que reconocerle una facultad también discrecional respecto a la apreciación de los comportamientos que entrañen dicha inobservancia. La *Cour de Cassation* francesa ha utilizado argumentos que parecen acoger la tesis institucionalista.

⁶⁸ A modo de ejemplo, en la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942, en el Decreto de 11 de noviembre de 1943. Vid. MONTAYA MELGAR, A., “Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)”, Civitas, Madrid, 1992, pág. 332.

⁶⁹ Partidario de la opción comunitarista, señala MESQUITA, L.J., “El poder disciplinario laboral”, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951, pág. 13, que el fin del poder disciplinario es, en un primer momento, “alejar del ambiente de trabajo las perturbaciones o infracciones disciplinarias”.

⁷⁰ LÉGAL-BRÉTE DE LA GRESSAYE, “Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privés”, Paris, 1938, pág. 52, citado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., 1991, pág. 26.

En este sentido, es paradigmática la sentencia de 16 de junio de 1945⁷¹, según la cual el empresario ostenta un poder disciplinario inherente a su persona, en función del cual éste tiene la facultad, en ausencia de disposiciones restrictivas del reglamento interior de empresa, de hacer uso de él, bajo la única reserva de control de la autoridad judicial. La teoría institucionalista se basa en el hecho de que la empresa constituye una organización social, un grupo humano en el que se crea una especie de derecho interno que permite a un grupo funcionar gracias a la adopción de ciertas reglas, al ejercicio de una autoridad, a la puesta en práctica de sanciones contra los miembros del grupo que no respetan la disciplina del mismo. El empresario es quien tiene la responsabilidad de la buena marcha de esta institución social, ya que dispone de los poderes necesarios para ello, poderes que deben ser ejercidos en interés de la institución, esto es, en interés de la empresa⁷².

Se concibe, pues, a la empresa como una comunidad jerarquizada y organizada bajo la autoridad natural del empresario, que dispone de una serie de poderes para el cumplimiento de sus funciones, entre ellos el poder disciplinario. El interés de la empresa es, ante todo, un interés económico, donde el poder empresarial se justifica esencialmente por la responsabilidad económica que asume el empresario. Éste dispone de dos tipos de prerrogativas: unas en relación a la utilización del capital, en base a las que el empresario adopta las decisiones económicas convenientes a la estrategia empresarial; las otras, derivadas de las primeras, se basan en la particular organización del trabajo, en la gestión y la dirección del personal, siendo en estas últimas donde se encuadra el poder disciplinario⁷³. El empresario ostenta el primer lugar en la jerarquía de la organización con la finalidad de defender sus intereses objetivos al servicio, a su vez, de los intereses superiores de la economía nacional. Se sustituye la causa del

⁷¹ Puede consultarse la sentencia en *Droit Social*, 1946, pág. 427.

⁷² SAVATIER, J., “Pouvoir patrimonial et direction des personnes”, op. cit., págs. 3 y 4.

⁷³ LOSCHAK, D., “Le pouvoir hiérarchique dans l’entreprise privée et dans l’administration”, *Droit Social*, nº 1, 1982, pág. 25.

contrato por la función económico-social del mismo, que el ordenamiento jurídico encomienda al contrato y que se realiza mediante el ejercicio de la autonomía privada⁷⁴.

También se incluyen dentro de esta línea argumentativa aquellas opciones que sitúan el fundamento del poder disciplinario en una delegación del ordenamiento jurídico, puesto que sería la normativa laboral la que atribuiría directamente el poder disciplinario al empresario, configurándolo así como una potestad delegada. En este sentido, se ha señalado por un sector doctrinal⁷⁵ que el art. 58 E.T. es el que establece directamente esas facultades disciplinarias y no el contrato, lo que de partida sitúa el ejercicio de las mismas en el plano de la heteronomía, y no en el de la autonomía, de manera que el ejercicio del poder disciplinario empresarial es manifestación de un fenómeno de aplicación de normas, aunque el aplicador de éstas sea un sujeto particular. El poder disciplinario se configura, bajo la opción comunitarista, como una necesidad técnica u organizativa de la empresa y que se justifica por la propia realidad de la organización del trabajo. La prestación laboral se desarrolla junto a otras en el ámbito de una organización que funciona según sus propias reglas y que se orienta hacia el fin productivo de la empresa⁷⁶. Dicha prestación es la que, en relación a su modo de cumplimiento, se ve afectada por el resultado perseguido por el empresario y por el consiguiente interés de éste. Para algunos autores, es necesaria la reformulación de teoría de la causa, ya que si se toma como única premisa que el cambio es la causa única del contrato, resulta difícil justificar el interés del empresario en la buena marcha de la empresa. De ahí que un sector de la doctrina haya puesto especial hincapié en remarcar la importancia de la distinción entre la causa del contrato y la causa de la obligación. Y así se diferencia entre el cambio, causa del contrato de trabajo en la que se tienen en cuenta los dos elementos -trabajo y retribución-, y la prestación de trabajo, causa de la

⁷⁴ Esta función económico-social es puesta de relieve por DE CASTRO BRAVO, "Derecho Civil en España", T.I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 624, cuando se refiere a un especial principio jurídico que define como "la peculiar finalidad organizadora, que se trata de conseguir con la relación jurídica dentro del plan del Estado". Vid., asimismo, BORRAJO DACRUZ, E., "Bases para una configuración comunitaria de la empresa española", Revista de Trabajo, nº 41-42, 1973, pág. 351.

⁷⁵ Vid. ALONSO GARCÍA, M., "Curso de Derecho del Trabajo", op. cit., 1985, pág. 531-532, y CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa", op. cit., pág. 118.

obligación, en la que no se tiene en cuenta el elemento remunerativo, sino que se centra en su objeto, de cuya coordinación surge la organización⁷⁷.

En función de esta distinción, el interés del empresario no actuaría en el plano del contrato de trabajo, sino en el plano de la relación de trabajo. Y ello porque, a través del contrato, el trabajador se obliga únicamente a llevar a cabo la prestación laboral, mientras que el resto de consideraciones no forma parte de la causa del contrato, y, en consecuencia, no puede justificarse en función de la relación de cambio en que se basa ésta. Por el contrario, si lo que se tiene en cuenta es la causa de la relación de trabajo, sí que se incluirían todos los elementos necesarios que rodean a la prestación de trabajo. Y así, el deber de obediencia, la subordinación del trabajador a la jerarquía empresarial, podría incluirse dentro del concepto más amplio que sería la causa de la relación laboral. A través de esta diferenciación, el plano de la relación de trabajo -el mundo de la producción- se separa del plano del contrato de trabajo y se va a regir por principios y normas distintos, de tal forma que en la relación de trabajo se insertan la subordinación del trabajador y el poder disciplinario del empresario, que le resulta necesario para la organización de la producción y para la consecución de las finalidades productivas.

En relación a nuestro ordenamiento jurídico, no han faltado autores partidarios de una visión institucional del poder disciplinario, utilizando variedad de argumentaciones para fundamentar esta postura⁷⁸. Un sector de la doctrina ha señalado que el art. 58 E.T. está consagrando la concepción institucional del poder disciplinario, fundamentando esta opción interpretativa en que dicho poder no se refiere subjetivamente al empresario, sino “a la dirección de las empresas”. Dado que no se

⁷⁶ MESQUITA, L.J., “El poder disciplinario laboral”, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951, pág. 12.

⁷⁷ CABRERA BAZÁN, J., “Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico”, Akal Universitaria, Madrid, 1982, pág. 109, señala que “el gran mérito de la doctrina de la ampliación de la causa consiste en que ha venido a poner sobre el tapete de la investigación jurídica cuestiones tan trascendentales como el de la titularidad del poder en la empresa y en el taller. En resumen, se está aludiendo a la modalización de la prestación de trabajo y a la legitimación de los poderes al respecto”.

⁷⁸ Véase MESQUITA, L.J., “El poder disciplinario laboral”, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951, pág. 13, para quien el origen del poder disciplinario es “el poder jerárquico directamente, o por intermedio del poder directivo institucional, por el simple acto de la integración de la persona que

alude a uno de los sujetos del contrato de trabajo -el empresario- sino a un órgano de la empresa -su dirección-, se sostiene que se parte en el precepto de la empresa como realidad institucional y no del empresario como titular de un contrato, por lo que, a la hora de configurar el poder disciplinario, predominarían los factores de signo colectivo y la dimensión funcional en el seno de la institución empresarial⁷⁹. Otros autores han señalado que los poderes jerárquicos del empresario se fundamentan en el hecho de haber sido el organizador de la infraestructura empresarial y tener a su cargo la coordinación de los diversos elementos necesarios para alcanzar el objetivo social, esto es, el objetivo comunitario o el fin productivo de la empresa⁸⁰.

Una tercera posición doctrinal ha optado por una concepción más bien “mixta”, esto es, por una reformulación de la teoría contractualista, si bien recurriendo a las argumentaciones que justifican la opción comunitarista del poder de dirección, es decir, en base a una consideración de la realidad de la empresa y a sus exigencias desde el punto de vista organizativo. Y así, se señala que es necesario introducir correcciones en la teoría de origen contractual del poder disciplinario, tratando de suprimir o de reducir el elevado grado de abstracción presente en la misma. Por una parte, se acepta la importancia de la aceptación contractual de dicho poder por la voluntad de las partes, ya que en el contrato de trabajo juega un papel fundamental el juego de la autonomía de la voluntad, y del que son elementos fundamentales la subordinación y la disciplina, sin cuya presencia estaríamos fuera del contrato de trabajo. Pero, por otra parte, se remarca la necesidad de acudir a la realidad de la empresa y a sus exigencias, ya que la prestación de trabajo se desarrolla junto con otras en el seno de una organización que posee sus propias reglas de funcionamiento.

A pesar de que se haya defendido el carácter mixto de esta opción doctrinal, a mi juicio prevalece el fundamento comunitarista del poder disciplinario, ya que el único

suministra el trabajo en la institución, lo que se verifica normalmente a través del contrato individual de trabajo, más no por fuerza de éste”.

⁷⁹ Vid. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, op. cit., pág. 119.

papel que desempeña el contrato de trabajo es el de fuente de dicho poder, pero no ostenta ninguna función limitativa según lo que se haya estipulado en el mismo. Así, el trabajador se ve obligado a someterse a la disciplina empresarial porque posee un papel de deudor de la prestación laboral, la cual está previamente organizada por el acreedor⁸¹, en el seno de una organización predispuesta por éste en la empresa y en función del resultado final perseguido por el mismo. En este contexto, puede afirmarse que el contrato únicamente desempeña un papel meramente formal, de integración del trabajador dentro de la estructura organizativa previamente existente, lo que, en mi opinión, resulta claramente alejado de las argumentaciones limitativas en las que se fundamenta la posición contractualista, máxime si se tiene en cuenta que, para los autores partidarios de esta opción mixta, se trata de prestar atención al modo como la explotación del trabajo se realiza en el sistema de producción capitalista, siendo una explotación “que tiene lugar en el terreno de la producción, en el terreno de la economía, y no en el del Derecho”⁸².

Como ya se ha visto, la doctrina contractualista elabora una fundamentación del poder disciplinario respetuosa con el principio de tipicidad en materia de infracciones laborales. Sin embargo, el planteamiento al respecto es diferente en lo que concierne a la teoría comunitarista, como consecuencia de la amplitud de poderes empresariales que se conceden al empresario en virtud de su cualidad de titular de la organización productiva. La teoría comunitarista rechaza la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del poder disciplinario, argumentando que dicho principio no es aplicable porque tampoco lo es el más genérico principio de legalidad reconocido en el art. 25 C.E., del cual se deriva aquél, tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 6/1988, de 21 de enero⁸³. Ahora bien, la inaplicación del principio de

⁸⁰ LÓPEZ, J., “La facultad de dirección”, op. cit., págs. 19 y ss.

⁸¹ ALONSO GARCÍA, M., “Curso de Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 341.

⁸² DURÁN LÓPEZ, F., “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, op. cit., pág. 19.

⁸³ Esta sentencia rechaza la aplicación del principio de legalidad consagrado en el art. 25 C.E., argumentando que “la actuación del empresario en el ejercicio de la potestad sancionadora no son expresivas de potestad pública alguna, sino que se trata de facultades de orden jurídico privado que, como

tipicidad plantea serios inconvenientes, que se manifiestan cuando en la práctica se producen situaciones que no se acomodan a las infracciones previstas normativa o contractualmente, pero que, a pesar de ello, son sancionadas por parte del empresario. Ello resulta inevitable si se tiene en cuenta la variedad de conductas que en una organización compleja empresarial pueden tener lugar, siendo prácticamente imposible delimitar un elenco exhaustivo de las infracciones susceptibles de sanción.

La solución que la teoría comunitarista aporta a este problema es completamente diferente a la que proporcionan las teorías contractualistas. Mientras que las primeras atribuyen una facultad discrecional al empleador respecto a la apreciación de los comportamientos sancionables, para las segundas resulta imposible sancionar las conductas que no se encuentren previamente tipificadas. Actualmente, una postura totalmente contraria a la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito disciplinario laboral resulta difícilmente sostenible, dado el tenor del art. 58 E.T. -que obliga a establecer una graduación de las faltas y sanciones a través de la ley o el convenio colectivo aplicable-, por lo que la doctrina próxima a las tesis comunitaristas ha ido más bien encaminada a la atenuación de los efectos de este principio. En este sentido, se ha señalado que la previa tipificación graduada de las faltas que pueden originar la imposición de las correspondientes sanciones no obliga a que tenga que existir una rígida previsión de todas las posibles faltas sancionables⁸⁴ y que únicamente esas faltas puedan ser alegadas para justificar la imposición de una sanción, sino que pueden existir otras faltas sancionables que no estén expresamente previstas. Asimismo, se ha señalado por la doctrina partidaria de esta opción interpretativa que lo único que significa este principio en el ámbito laboral es que toda sanción ha de venir fundamentada en la comisión de una falta de las descritas, pero ello es posible de una manera muy general por medio de cláusulas generales o normas de cierre de remisión a conductas análogas en las fuentes normativas aplicables, conciliándose el principio de previa tipificación de

empleador, le reconoce el Ordenamiento Jurídico”. De igual forma se manifiesta el Tribunal Constitucional en la Sentencia 81/1988, de 25 de mayo (BOE 25-5-88).

⁸⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., “El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa”, Deusto, Bilbao, 1990, pág. 21.

las conductas sancionables con las exigencias de un adecuado funcionamiento del poder disciplinario, en el que resulta imposible prever pormenorizadamente todas las conductas sancionables⁸⁵. De esta forma, aunque el principio de tipicidad de las infracciones laborales implica la necesaria determinación de las infracciones y sanciones a aplicar por el empresario, dicho principio se ve vaciado de contenido en la práctica, con la introducción de este tipo de fórmulas omnicomprendivas de cualquier tipo de conducta que el empresario considere contraria a la disciplina de empresa⁸⁶.

3. Una opción por la teoría contractualista: el contrato como fuente, fundamento y límite del poder de dirección y del poder disciplinario.

Como ya se ha puesto de relieve la doctrina favorable a las tesis comunitarista del poder de dirección empresarial señala que, si bien el contrato de trabajo constituye la fuente inmediata de dicho poder, el fundamento del mismo se encuentra en la propia naturaleza de la relación laboral, en cuanto que la presencia de ésta determina la necesidad de un poder organizador mucho más complejo que el propio de la simple relación individual de trabajo. Para este sector de la doctrina, la celebración de un contrato, y las consecuencias que de ello derivan, no bastan para explicar por completo la presencia del poder de dirección del empresario⁸⁷. Por el contrario, para los partidarios de la teoría contractualista del poder de dirección, el contrato de trabajo constituye tanto la fuente como el fundamento y el límite del mismo⁸⁸. A lo largo de este apartado va a intentarse poner de manifiesto que esta segunda interpretación es la única que se ajusta a todos aquellos principios fundamentales que informan la teoría

⁸⁵ Vid. CREMADES SANZ-PASTOR, B., “La sanción disciplinaria en la empresa”, op. cit., pág. 180; ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1997, pág. 367; DURÁN LÓPEZ, F., “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, op. cit., pág. 42, y CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, op. cit., pág. 121, quien señala que “existe un amplísimo margen para que las normas a las que el art. 58 ET remite puedan regular las faltas y sanciones en que tengan por conveniente, sin que en la ley se establezcan exigencias rigurosas de tipificación”.

⁸⁶ SPAGNUOLO VIGORITA, L., “Il potere disciplinare dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori”, en “I poteri dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo Estatuto dei Lavoratori”, Giuffrè Editore, Milano, 1972, págs. 55-56.

⁸⁷ MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, op. cit., 1965, pág. 36 a 39.

⁸⁸ En este sentido, ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 354, señalan que “el poder de dirección es la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo”.

general de la contratación y la que proporciona el necesario equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos del trabajador.

Como ya se ha adelantado, los fundamentos jurídicos sobre los que se sustenta, a mi juicio, la atribución del poder directivo empresarial se encuentran en los principios fundamentales que informan la teoría general de la contratación en nuestro Código Civil. El contrato supone el común acuerdo de dos o más personas con la finalidad práctica de regular una determinada situación y para cuya realización quedan los contratantes vinculados entre sí a observar una determinada conducta. Al analizar la estructura del pacto llevado a cabo por los contratantes podemos apreciar la confluencia de tres elementos fundamentales: una inicial situación de arbitrio individual de los sujetos contratantes, una disparidad de intereses personales heterogéneos que se intentan armonizar y una vinculación futura de la conducta de los interesados a las estipulaciones pactadas. Para que estos tres aspectos se armonicen en la figura jurídica del contrato, el ordenamiento civil ofrece una regulación que se asienta en tres principios fundamentales: el de libertad contractual (art. 1255 C.C.), el de igualdad de las partes (art. 1256 C.C.) y el de la fuerza vinculante de los contratos como regla objetiva del comportamiento (art. 1091 C.C.).

Aunque todos estos principios se encuentran en una plena armonía e interrelación, el tercero de ellos es determinante para apoyar la tesis del contrato como instrumento jurídico limitativo de los derechos y obligaciones de las partes, especialmente si se tiene en cuenta que el reconocimiento de la fuerza vinculante del contrato protege la situación de libertad de la persona frente a un posible comportamiento desleal de la otra parte, de tal forma que la libertad queda salvaguardada cuando ambas partes se someten a lo previsto contractualmente, y queda vulnerada cuando el cumplimiento del contrato se deja al mero arbitrio de una de las

partes contratantes⁸⁹. El contrato representa el medio adecuado para que los sujetos de derecho elijan sus propias obligaciones, de manera que a través de éste los particulares pueden introducir cambios en sus propias relaciones jurídicas. El acuerdo de voluntades generador del contrato se caracteriza porque cada una de las partes actúa en consideración a un interés opuesto del que lleva a la otra parte a celebrarlo. Los contratantes persiguen intereses diferentes que se armonizan a través del acuerdo de voluntades, de manera que en el contrato de trabajo se establecerán las obligaciones que deberán ser cumplidas en el futuro por trabajador y empresario. Por el contrario, existe una amplia unanimidad en la doctrina civilista al afirmar que, cuando los sujetos persiguen un interés común y mediante el acuerdo de voluntades colaboran los unos junto a los otros, nos encontramos frente a una figura jurídica a la que no puede llamarse contrato, ni puede aplicársele la mayor parte de normas específicas que regulan la contratación⁹⁰, por lo que sólo es posible la existencia del contrato cuando tiene su origen en una disparidad de intereses de cada una de las partes contratantes.

Si se trasladan estas consideraciones a la teoría comunitarista del poder directivo empresarial, pueden apreciarse las contradicciones en las que se incurren bajo dicha opción interpretativa. Por una parte, se fundamenta el poder de dirección en base a la comunidad de intereses que empresario y trabajador detentan en orden al buen funcionamiento de la empresa, de manera que de la nota de subordinación como elemento definitorio de la relación laboral emergen, por una parte, el poder jerárquico o facultad de mando del empresario como responsable de la marcha de la organización empresarial, y, por otra parte, el deber de obediencia para el trabajador como integrante de esa comunidad. Se sostiene, en definitiva, otro fundamento distinto del puramente contractual: la cualidad que reviste al empresario de dirigente y responsable de la

⁸⁹ LA LAGUNA, "La libertad contractual", *Revista de Derecho Privado*, 1972, pág. 875 y ss. "la protección de la libertad se produce dentro de las condiciones del principio de igualdad, conforme al cual, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

⁹⁰Vid. OSORIO MORALES, "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, 1965, pág. 1074 y PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II, Volumen I, Bosch, Barcelona, pág. 10.

marcha de la comunidad laboral. DÄUBLER⁹¹ apunta que en la teoría comunitaria jurídico-personal -tal como este autor la denomina- no importa ya para nada la contraposición de intereses entre empresarios y trabajadores, pues el trabajador ya no tiene intereses propios, sino que se integra plenamente a la “comunidad de empresa”. Por otra parte, para los defensores del carácter comunitarista de la empresa no se puede negar el hecho de que el contrato de trabajo constituye la fuente del poder directivo. Y así, estos autores parten de la constatación de que en el negocio básico laboral, el contrato de trabajo, existe una conexión a un fin común, conexión que permite constituir sobre la base contractual, ese todo colectivo que es la empresa, con una autoridad diferenciada, titular de los poderes jerárquicos del empresario⁹².

Sin embargo, si se tienen en cuenta los principios generales expuestos en materia de contratación, el contrato no puede existir si no se da una contraposición de intereses entre las partes contratantes, lo cual resulta del todo imposible desde la perspectiva comunitarista del poder directivo. Desde este punto de vista, comparto la opción interpretativa que defiende que el contrato siga siendo el instrumento para la satisfacción de los intereses particulares, que en él se presentan frente a frente, como opuestos o distintos. El contrato de trabajo, como contrato que es, basa su existencia en la disparidad de intereses intrínseca a este tipo de negocio jurídico⁹³. Es más, si la teoría general del contrato pone el acento en la armonización de intereses diversos, la teoría del contrato de trabajo es la de la composición de intereses no sólo diversos sino esencialmente contrapuestos. Esta contraposición de intereses constituye el principio básico del que considero que hay que partir para la construcción de cualquier teoría del

⁹¹ DÄUBLER, W., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 549.

⁹² Es la posición de LÓPEZ, J., “La facultad de dirección”, Revista de Política Social, nº 122, 1979, pág. 17. Para este autor, “lejos de explicar la subordinación la autoridad -es decir, los poderes jerárquicos- es la autoridad la que explica la subordinación”.

⁹³ Para SUPPIEJ, G., “Il potere direttivo dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori”, Giuffré Editore, Milano, 1972, pág. 27, la normativa laboral italiana no establece de una forma directa la contractualidad del contrato de trabajo, si bien indirectamente todas las normas muestran claramente la contraposición de intereses de las partes que después confluyen en el contrato de trabajo.

contrato de trabajo, lo cual constituye la premisa en la que se fundamentarán el resto de consideraciones⁹⁴.

En relación al poder disciplinario tampoco puede, a mi juicio, sostenerse la tesis institucionalista o comunitarista. El poder disciplinario, como parte integrante del poder de dirección, no puede configurarse como una potestad contraria al espíritu de la relación contractual pactada. Dicho poder se fundamenta, al igual que el poder de dirección, sobre el consentimiento mutuo de las partes, de tal forma que uno de los contratantes no puede imponer al otro una sanción como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales que este último no haya estipulado en el contrato de trabajo. De ahí que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, no pueda sostenerse la admisibilidad de un poder disciplinario discrecional fundamentado en la responsabilidad empresarial de asegurar la buena marcha de la empresa. En este sentido, señala la STC 4/1996, de 16 de enero, que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad a través del cual el trabajador deba someterse sin limitación alguna, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales⁹⁵. Con vistas a la protección del trabajador, el Derecho del Trabajo ha surgido con la finalidad de poder corregir la desigualdad económica entre las dos partes del contrato⁹⁶. Las cláusulas que aisladamente el trabajador no habría podido negociar con el empresario son impuestas a éste por la normativa laboral o a través de la negociación colectiva

⁹⁴ Tal como señala BAYLOS GRAU, A., “Derecho del Trabajo: modelo para armar”, op. cit., pág. 75, “se puede hablar por tanto de una «renovación» del contrato individual del trabajo, del que se descubre una cierta polivalencia, más allá de lo que se define como minusvaloración de la forma contractual y su reducción a un lugar residual en su papel conformador de las relaciones de trabajo”. GIUGNI, G., “Concertazione sociale e sistema politico in Italia”, en AA.VV. (Coord: BALANDI, G., y VARDARO, G.), “Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi”, Franco Angeli, Milano, 1988.

⁹⁵ (BOE 19-2-1996). Esta misma doctrina es la contenida en la STC 120/1983, de 15 de diciembre (BOE 11-1-1984), STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-1985), STC 206/1987, de 21 de diciembre (BOE 8-1-1987), STC 6/1988, de 21 de enero (BOE 5-2-1988), STC 96/1989, de 29 de mayo (BOE 14-6-1989), STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9-8-1989), STC 123/1990, de 2 de julio (BOE 30-7-1990), STC 126/1990, de 5 de julio (BOE 30-7-1990), STC 99/1994, de 11 de abril (BOE 17-5-1994), STC 134/1994, de 9 de mayo (BOE 13-6-1994), STC 6/1995, de 10 de enero (BOE 11-2-1995), STC 104/1995, de 3 julio (BOE 31-7-1995), STC 125/1995, de 24 de julio (BOE 22-8-1995), STC 90/1997, de 6 de mayo (BOE 9-6-1997).

⁹⁶ Tal como señala ROJO TORRECILLA, E., “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, nº 18, 1997, pág. 34, el Derecho del Trabajo no abandona a su suerte, en ningún país con un nivel medio de desarrollo social, a los colectivos desfavorecidos; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Derecho del Trabajo e ideología”, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 17.

llevada a cabo a través de los representantes de ambas partes. El resto de contenidos no previstos legal o convencionalmente resultan susceptibles de ser negociados entre el empresario y el trabajador a través del contrato individual, mientras no contravengan aquellas normas.

Como consecuencia de lo anterior, y en la medida en que los derechos del empresario con respecto al trabajador se fundamentan en el contrato por el cual el trabajador ha aceptado someterse bajo la autoridad de éste, resulta coherente que a través de dichos pactos se encauce el poder empresarial⁹⁷. Y ello porque, en un ordenamiento regido por principios democráticos, resulta difícil defender el fundamento del poder disciplinario en el interés objetivo de la empresa, pues esto sólo sucede en los regímenes corporativistas en los que el fundamento del poder disciplinario empresarial se sitúa en una posición de supremacía atribuida al interés de la empresa por su instrumentalidad en relación al interés supremo de la nación⁹⁸. Si se centra el fundamento del poder disciplinario en el ámbito de la relación de trabajo, entendido éste como sometimiento del trabajador a la organización de la empresa y los principios jerárquicos que la rigen, se corre el riesgo de poner en peligro los derechos fundamentales del trabajador⁹⁹, cuestión sobre la que se profundizará más adelante en el apartado dedicado a los derechos fundamentales como límite al poder de dirección. Por ello, puede decirse que el contrato de trabajo opera como límite a las facultades

⁹⁷ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 369, señalan que “la facultad de resolución unilateral por incumplimiento en que el despido disciplinario o sancionador consiste es común a las obligaciones recíprocas y por eso aparece también, y tiene su origen y fundamento estrictos, en el contrato de trabajo”.

⁹⁸ En opinión de ALONSO GARCÍA, M., “Curso de Derecho del Trabajo”, Ariel Derecho, Barcelona, 1987, pág. 348, la existencia de la empresa “impone la inclusión de aquél (el trabajador) en ésta y su mejor dirección para la obtención de un fin (ordenación interna de la empresa por el propio empresario, y ordenación externa por razones de interés social)”. ROMAGNOLI, U., “Il Diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre”, en AA.VV. (Coord: BALANDI, G., y VARDARO, G.), “Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi”, Franco Angeli, Milano, 1988, pág. 169.

⁹⁹ Vid. PEDRAJAS MORENO, A., “Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia”, Trotta, Madrid, 1992, pág. 147, “ni el poder de dirección ni las correlativas facultades disciplinarias que el empresario detenta, pueden expropiar al trabajador de los derechos fundamentales que por su condición de persona ostenta”; GARRIDO PÉREZ, E., “La información en la empresa”, CES, Madrid, 1995, págs. 82-83.

directivas del empresario y no como título legitimador a través del cual se produzca una subordinación ilimitada del trabajador a la organización productiva de la empresa¹⁰⁰.

Una de las argumentaciones que se utilizan para rechazar la fundamentación contractualista del poder disciplinario estriba en la inexistencia, en el art. 58 E.T., de cualquier remisión al contrato de trabajo como fuente de establecimiento de las facultades disciplinarias, en contraposición a lo que se establecía en el art. 32 de la Ley de Contrato de Trabajo. Sin embargo, la posición contractualista no defiende el establecimiento a través de la relación individual del régimen de facultades disciplinarias del empresario, sino que, por el contrario, lo que se afirma es que en el contrato de trabajo radica el fundamento del poder disciplinario porque a través de este instrumento contractual el trabajador se obliga voluntariamente a desempeñar la prestación de servicios bajo el ámbito de dirección y control del empresario, ámbito en el que se incluye la facultad disciplinaria. Por otra parte, si el trabajador se obliga, a través del contrato, a prestar sus servicios bajo el ámbito de dirección del empresario, éste no lo hace renunciando a todos sus derechos, sino que esa prestación de servicios deberá desarrollarse necesariamente en función de las condiciones pactadas previamente en el contrato de trabajo. Es ésta la verdadera consecuencia que supone la asunción de la teoría contractualista del poder disciplinario, y no el que esta potestad pueda establecerse a través del contrato, ya que, según el art. 58 E.T., resulta indiscutible que el régimen de graduación de faltas y sanciones se ajustará a lo previsto en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.

El art. 58 E.T. no hace referencia directamente a incumplimientos contractuales¹⁰¹, pues la terminología empleada en el precepto es “incumplimientos

¹⁰⁰ Según la STC 99/1994, de 11 de abril (BOE 17-5-1994), “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”.

¹⁰¹ Para FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 178, la expresión “incumplimientos laborales” del art. 58 E.T. parece autorizar la imposición de sanciones con una expresión genéricamente ajena al contrato de trabajo, con lo que el poder disciplinario parece proyectarse al área organizativa o a un área no estrictamente contractual.

laborales”-, pero de ahí no puede extraerse la consecuencia de que el empresario ostente un poder discrecional para imponer las sanciones que estime adecuada en interés de la organización empresarial. En primer lugar, porque el art. 54 E.T., al establecer las causas que pueden dar lugar al despido disciplinario, utiliza la terminología de “incumplimientos contractuales”. Por otra parte, la limitación del poder empresarial a las previsiones establecidas en el contrato se pone de manifiesto si se tiene en cuenta lo previsto en el párrafo 2º del precepto en cuestión, según el cual “la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente”. La referencia en el art. 58.2 E.T. a “la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones” ha de entenderse como una facultad que el juez posee para entrar a revisar las apreciaciones que el empresario ha tenido en cuenta a la hora de considerar que el trabajador ha incurrido en el supuesto de hecho en el que se concreta la correspondiente infracción. Como consecuencia de lo anterior, es posible que el órgano jurisdiccional entre a valorar el interés que ha llevado al empresario a considerar que el trabajador ha cometido la infracción, por lo que resulta posible una intromisión externa en las decisiones empresariales, a pesar de que éstas se adopten con la finalidad de satisfacer los intereses objetivos de la organización. En base a lo expuesto, considero que el interés empresarial no constituye el único elemento a tener en cuenta en el ámbito del poder disciplinario empresarial, sino que, por el contrario, hay que tener presente la limitación de las facultades empresariales derivadas del contrato de trabajo. A través del art. 58.2 E.T. se refuerzan los mecanismos contractualistas en base a los cuales el comportamiento de una parte contratante en contra de otra puede ser valorada por parte de los órganos jurisdiccionales. De mantenerse la postura contraria, la consecuencia inmediata sería el reforzamiento de los poderes de la parte empresarial, lo que resulta contrario al espíritu que preside el ordenamiento jurídico laboral, destinado a corregir las desigualdades existentes entre las partes y a reforzar la posición de la parte más débil -el trabajador- contra el poder económico del empresario¹⁰².

¹⁰² Tal como es calificado por LYON-CAEN, A., “L’égalité et la loi en droit du travail”, *Droit Social*, nº 1, 1990, pág. 69, “le droit du travail, est un droit de correction”; ROMAGNOLI, U., “El Derecho, el

II. PODER DE DIRECCIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

Una vez analizado el poder de dirección y sus límites desde una perspectiva general, es el momento de pasar al estudio de los poderes directivos en el seno de las E.T.T., así como las consecuencias que la distribución de los poderes empresariales conlleva en este tipo de empresas. El art. 15.1 L.E.T.T. establece que “cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en esta norma, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito”. En una primera aproximación a este precepto, puede extraerse la consecuencia de que se produce una disociación entre la titularidad y el ejercicio del poder de dirección del empleador, y ello en base a una delegación a la empresa usuaria de facultades jurídicas que pertenecen al empresario en los esquemas típicos o tradicionales de la relación bilateral. Los problemas se suscitan inevitablemente con respecto al alcance que esta cesión de facultades directivas comporta en relación al conjunto de institutos jurídicos que se integran dentro del conjunto del poder de dirección del empleador, esto es, el poder de dirección ordinario, el *ius variandi*, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y, en una concepción unitaria, también el poder disciplinario. Sin embargo, éste último no se incluye dentro de esta relación de facultades directivas concedidas a la empresa usuaria, ya que, tal como señala el art. 15.2 L.E.T.T., se atribuye a la E.T.T..

1. La empresa usuaria como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador: un acercamiento a las teorías comunitaristas de los poderes empresariales.

La particularidad más importante que presenta la contratación a través de las E.T.T. estriba en que el trabajador se verá relacionado con dos empresarios, la E.T.T. - con la que el trabajador celebra su contrato de trabajo- y la empresa usuaria -para la cual va a prestar sus servicios-. Es difícil determinar cuál de estos dos sujetos ostenta la cualidad de empresario del trabajador, si una empresa, la otra, o bien ambas. El problema de cuál de las dos empresas posee la condición de empresario del trabajador

puesto a disposición, se ha acrecentado todavía más tras la confusa redacción del art. 1.2 E.T. Dicho precepto establece lo que ha de entenderse por empresario, tanto desde un punto de vista genérico como, específicamente, en la relación en la cual interviene una E.T.T..

El Estatuto de los Trabajadores no ofrece una definición autónoma de lo que ha de entenderse por empresario, pues se limita a realizar una definición indirecta o refleja del mismo¹⁰³, en función del concepto de trabajador¹⁰⁴. Así, según el art. 1.2 E.T. son empresarios “todas las personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”. Por otra parte, en el art. 8.1 E.T. se establece la presunción de existencia del contrato de trabajo “entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”. Si nos atenemos a lo establecido en estos dos preceptos, nos encontramos con que la condición de empresario debería predicarse del sujeto receptor de la prestación de servicios¹⁰⁵, lo que, en nuestro caso, ello podría suponer la atribución de esta cualidad a la empresa usuaria, que es precisamente la que recibe la prestación de servicios del trabajador puesto a disposición.

Abundando en esta misma concepción de empresario como sujeto receptor de la prestación de servicios, la doctrina ha señalado que el segundo inciso del artículo 1.2 E.T. asigna esta cualidad a la empresa usuaria. Y ello porque, a pesar de la confusa redacción del precepto, serán empresarios “todas aquellas personas físicas o jurídicas, o

¹⁰³ Tal como apunta CAMPS RUIZ, L.M., “El concepto laboral de empresario”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1990, págs. 37-38, “el concepto de empresario es un concepto meramente reflejo o traslativo del concepto de trabajador, que se constituye así, por tanto, en punto básico de referencia”.

¹⁰⁴ Siendo trabajadores, según el art. 1.1 ET “aquellos que presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

¹⁰⁵ Vid. CAMPS RUIZ, L.M., “El concepto laboral de empresario”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, op. cit, págs. 37-38; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Empresa y contrato de

comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios (...) de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente autorizadas”, siendo la empresa usuaria la que recibe la prestación de servicios de los trabajadores contratados por las E.T.T.. En definitiva, en las relaciones en las que intervienen las E.T.T., la característica determinante para ostentar la condición de empresario se puede concretar en la recepción de la prestación laboral por el trabajador, por lo que se asignaría la condición de empresario a la empresa usuaria, de acuerdo con lo establecido en el primer inciso del art. 1.2 y en el art. 8.1 ET¹⁰⁶. Ahora bien, es importante tener presente la condición de empresario que ostenta la E.T.T., atribución que se deriva del hecho de haber celebrado el contrato de trabajo con el trabajador, lo que posee consecuencias importantes en cuanto a las obligaciones que ésta posee con el trabajador, tal como se analizará más adelante.

A la hora de analizar cómo se configura el poder de dirección en las E.T.T., es de obligada referencia el art. 15 L.E.T.T., en virtud del cual la empresa usuaria ostenta las facultades de dirección y control de la actividad laboral, de forma que ésta va a jugar un papel importante en la relación laboral del trabajador, a pesar de no ostentar la condición de sujeto -empresario- de la relación laboral -condición que únicamente es predicable de la E.T.T. y el trabajador-. En una primera aproximación al art. 15 L.E.T.T., podría decirse que el peculiar esquema triangular del cual forman parte la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador implica una redistribución de poderes

trabajo”, Separata de Anales de la Universidad Hispalense, Volumen XX, año 1960, pág. 41; BORRAJO DACRUZ, E., “Los empresarios indirectos”, Documentación Laboral, nº 2, 1982, págs. 25 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 100, señala que “desde un punto de vista técnico esta atribución de la condición de empleador es intachable, planamente coherente con la posición tradicional de nuestro Derecho laboral (...). De acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, por consiguiente, sería empleador en la relación de trabajo temporal la empresa usuaria de los servicios de la E.T.T.”. Vid, asimismo, GONZÁLEZ VELASCO, J., “Desconcertante relación jurídica entre el trabajador temporal y el empresario cesionario”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, enero-marzo, 1995, pág. 17; MONTEIRO FERNANDES, A., “Problemas jurídicos del trabajo realizado por mediación de empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 177; MARTINS CATHARINO, “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 11, 1982, pág. 342; VÁZQUEZ MATEO, F., “El prestamismo laboral: las empresas de trabajo temporal en Europa”, MTSS, Madrid, 1980, pág. 11; PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Consideraciones y propuestas para la regulación de las empresas de trabajo temporal en España”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 75.

empresariales que nada tienen que ver con el esquema bilateral típico, de forma que la empresa usuaria -con la que el trabajador no está unido a través de ningún vínculo contractual- asume parte del poder que le correspondería a la E.T.T. por su cualidad de empresario formal del trabajador puesto a disposición¹⁰⁷. Sin embargo, dentro de las facultades de dirección y control de la actividad laboral no se incluye el ejercicio del poder disciplinario en favor de la empresa usuaria, sino que, tanto la titularidad como el ejercicio de este último, viene asignado exclusivamente a la E.T.T., tal como establece el art. 15.2 L.E.T.T. Por lo tanto, el poder de dirección no es estrictamente una facultad exclusiva de la empresa usuaria, sino que es más bien un poder compartido entre ambas empresas por varias razones. En primer lugar, porque el poder de dirección atribuido a la empresa usuaria no incluye ni la titularidad ni el ejercicio del poder disciplinario -pues éste es una facultad de la E.T.T.-. Por otra parte, porque las facultades directivas de la E.T.T. se manifiestan también en el momento en el que ésta lleva a cabo la orden de puesta a disposición del trabajador en la empresa usuaria, puesto que la primera de las instrucciones que recibe el trabajador de la E.T.T. es su incorporación dentro del ámbito organizativo y productivo de la empresa usuaria.

Al respecto, un sector de la doctrina ha señalado que “puede defenderse sin dificultad que la L.E.T.T. atribuye la titularidad de los poderes empresariales a la E.T.T., por más que ésta delegue su ejercicio a la empresa usuaria”¹⁰⁸. Para llegar a tal conclusión, se ha partido de una distinción clásica en las elaboraciones del poder de dirección efectuada por MONTROYA MELGAR. Para este autor, no siempre es el titular de la empresa quien ejerce el poder de dirección que, en cuanto empresario, le corresponde. Existen casos en los que el titular básico del poder directivo -el

¹⁰⁷ DE LUCA TAMAJO, R., “Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interninale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1995, pág. 422, señala que se rompe un dogma profundamente arraigado en la cultura iuslaboralista, el de la necesaria coincidencia entre el jurídicamente titular de un contrato de trabajo subordinado y el que efectivamente utiliza y coordina la prestación laboral, de tal forma que el poder de dirección y control es atribuido a un sujeto del todo extraño al originario titular del contrato de trabajo y a su actividad..

¹⁰⁸ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995, pág. 103.

empresario- no es el titular efectivo de dicho poder, supuestos en los que la titularidad del poder sigue atribuida al empresario, pero es ejercida funcionalmente por la persona designada por él. De este modo, el empresario conserva la titularidad básica, mientras que el representante por él designado queda investido de una titularidad delegada o de segundo grado. Esto suele ocurrir en aquellos casos en los que, debido a la importancia cuantitativa de la empresa o por cualquier otra razón, es incapaz de ejercitar por sí mismo el poder directivo. Por el contrario, en las empresas con una entidad cuantitativa reducida, el empresario suele ser el titular del poder de dirección y de su ejercicio.

Como supuestos de atribución delegada del ejercicio del poder de dirección se citan por el autor mencionado algunos ejemplos. En primer lugar, las asambleas de accionistas y los administradores, en el caso de las sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, ya que estos órganos representan la voluntad social, siendo la sociedad en sí misma la titular del poder de dirección y los administradores los que asumen la delegación de dicho poder. Ello puede extenderse a cualquier tipo de empresario social -y no únicamente a las sociedades mercantiles- cuyo poder directivo se exterioriza a través de sus correspondientes órganos gestores. En segundo lugar, también se produce una delegación del ejercicio del poder directivo en las empresas que poseen un director general con la finalidad de concentrar los poderes de gestión -aspecto interno- y de representación -aspecto externo- de la empresa. A pesar de la discrecionalidad con la que el director general dirige la empresa, éste debe actuar según las normas impartidas por el empresario, siendo su actuación fiscalizable en todo momento¹⁰⁹.

También se ha señalado por MONTROYA MELGAR que la delegación del poder directivo suele producirse en aquellas empresas que poseen una entidad notable, o bien por cualquier otra razón que haga imposible su ejercicio directo por parte del empresario. Ahora bien, en el momento en el que se elabora la mencionada distinción entre titularidad y ejercicio del poder de dirección no se había producido la irrupción de

aquellos fenómenos que actualmente conocemos como descentralización productiva, y que consisten en todas aquellas formas de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa -empresa principal- decide no realizar directamente ciertas actividades, optando por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -empresas auxiliares, con quienes establece a tal efecto contratos civiles o mercantiles. Son fenómenos muy recientes a los que recurren cada vez más las empresas y cuya peculiaridad estriba en que la empresa decide acudir a mecanismos externos para realizar funciones que hasta ese momento efectuaba en su totalidad ella misma, como un todo inescindible y dentro del conjunto de funciones del ciclo productivo¹¹⁰. Las E.T.T. suponen una forma más de descentralización productiva, tal como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, ya que, en lugar de llevar a cabo la actividad productiva con personal propio, lo que se hace es recurrir a la E.T.T. para que ésta le proporcione trabajadores por ella contratados, no apareciendo ningún tipo de vinculación contractual entre la empresa usuaria -que recibe los servicios- y el trabajador puesto a disposición.

A la vista de las peculiaridades que poseen las E.T.T., se trataría de analizar si puede resultar aplicable en estos casos la distinción entre titularidad del poder de dirección y ejercicio del mismo. SAGARDOY BENGOCHEA aplica esta distinción a la relación entre la E.T.T. y la usuaria, y, como consecuencia de ello, la titularidad del poder directivo la ostentaría la E.T.T., mientras que a la usuaria le vendría atribuido el ejercicio de dicho poder. Dicha atribución encuentra su apoyo legal, según el autor citado, por el art. 15 L.E.T.T. cuando establece que las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo que dure la prestación de servicios.¹¹¹ Así pues, lo que se hace por este autor es aplicar la distinción clásica de MONTOYA MELGAR entre titularidad y ejercicio del poder de dirección a las relaciones en las que intervienen las E.T.T., teniendo en cuenta que cuando se elaboró la mencionada distinción todavía no formaban parte de nuestro

¹⁰⁹ MONTOYA MELGAR, A., "El poder de dirección del empresario", op. cit., 1965, págs. 197 y ss.

¹¹⁰ CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas", op. cit., pág. 114 y 115.

panorama legislativo este tipo de empresas. Esta atribución delegada del ejercicio del poder de dirección ya había sido tratada por la doctrina francesa, según la cual la verdadera subordinación del trabajador se ha de predicar con respecto a la empresa usuaria, a través del reparto que de las prerrogativas empresariales se establece el art. 124-7 del *Code du Travail* francés, de forma que el reparto de poderes es totalmente artificial y sólo puede explicarse en función de las atribuciones que lleva a cabo la ley. Así pues, en este tipo de exteriorización del empleo¹¹² se escinden los elementos que integran la subordinación: por una parte, es el empresario de trabajo temporal quien recluta, paga y despide, y, por otra, es la empresa usuaria la que decide, dirige y controla¹¹³.

La distinción expuesta entre la titularidad y ejercicio del poder de dirección aplicada a las relaciones en las que intervienen las E.T.T. podría suponer, a mi juicio, el riesgo de la consagración de las tesis comunitaristas a este tipo de relaciones¹¹⁴. La legalización de las E.T.T. en el ordenamiento jurídico español ha perturbado sensiblemente los esquemas contractualistas del poder de dirección empresarial¹¹⁵, al entrar en juego dos empresas que cambian radicalmente el planteamiento de los poderes directivos de las relaciones bilaterales típicas, en las que generalmente se produce una coincidencia en la misma persona de la titularidad y el ejercicio del poder de dirección empresarial. La trilateralidad existente en las E.T.T. y la redistribución de poderes directivos empresariales que la misma conlleva (art. 15 L.E.T.T.) supone una opción

¹¹¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal”, op. cit., pág. 101 a 103.

¹¹² La exteriorización del empleo a través de las empresas de trabajo temporal perseguiría tres objetivos principales, según FREYSSINET, J., “L’exteriorisation de l’emploi: la dimension economique du probleme”, *Droit Ouvrier*, mars-avril, 1981, págs. 116-117. En primer lugar, la búsqueda de una mayor flexibilidad en los efectivos de personal con vistas a la reducción de los costes de mano de obra; en segundo lugar, la diferenciación de los status de los trabajadores con el objeto de debilitar los órganos representativos; y, por último, el fraccionamiento de los distintos colectivos de trabajadores.

¹¹³ MAILLARD, J., “Scolie sur le rapport de subordination”, *Droit Social*, nº 1, 1982, págs. 20-21.

¹¹⁴ Estaríamos ante una “revalorización de la empresa como ámbito de regulación laboral, en donde se refuerza, aunque frecuentemente sometido a procedimientos de ejercicio definidos desde su exterior, un poder unilateral del empresario en la determinación de las condiciones de trabajo”. BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 1, pág. 24.

¹¹⁵ Tal como señala la STSJ de Canarias/Las Palmas 21-5-1996 (Ar. 1627), “el conflicto, ciertamente, nace de la anómala naturaleza de esta extraña relación triangular instaurada por la Ley 14/1994, de 1 de

legislativa por la tesis comunitaristas de empresa, ya que se introducen criterios organicistas en favor del interés organizativo de la empresa usuaria. Se atribuyen las facultades de dirección y control de la actividad laboral a la empresa usuaria porque se prima la idea de la empresa como organización social que funciona con sus propias reglas, y en la que el empresario adopta las disposiciones precisas para que tal institución funcione, de forma que las prerrogativas a él atribuidas lo son en interés de la empresa.

La empresa usuaria no posee las mismas necesidades organizativas que la E.T.T., y el legislador ha decidido asignarle a la primera las facultades de dirección precisamente porque se ha primado el interés de la organización en la que se integra el trabajador¹¹⁶, a pesar de que con ello se rompe el esquema contractualista básico del poder de dirección, como se verá más adelante. En función de esta opción legislativa, el trabajador puesto a disposición se verá obligado a obedecer las instrucciones y órdenes que vengan dadas por parte de la empresa usuaria en uso de su potestad organizativa, por lo que se integra al trabajador como un elemento más de esta organización, a pesar de que éste no tenga una vinculación formal con la empresa usuaria a través de un contrato de trabajo que le vincule formalmente con la misma¹¹⁷. Se prima así un concepto de empresa desde la perspectiva de la organización o desde la existencia de una actividad organizada¹¹⁸, lo que se traduce también en una relativización del carácter

junio, relación cuya naturaleza rompe el clásico esquema sinalagmático bipolarizado en los dos sujetos del contrato de trabajo (empresa y trabajador).

¹¹⁶ En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido considerando a la empresa, aisladamente de su titular jurídico como “una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos” -STS 26-1-1987 (Ar. 292)-; o como una organización de medios personales y materiales encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto -STS 9-7-1987 (Ar. 5123)-.

¹¹⁷ OLMO GASCÓN, A. M., “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, *Actualidad Laboral*, nº 46, 1996, pág. 883, subraya que “la potestad modificativa del contrato de trabajo necesita, aparte de la concurrencia de unas causas predeterminadas y como sustrato material lógico, la existencia del propio contrato que pretende alterar”.

¹¹⁸ PRIETO ESCUDERO, G., “Concepción doctrinal de la organización comunitaria de la empresa”, *Revista de Política Social*, nº 102, 1974, pág. 67. Ésta es la doctrina del Tribunal Supremo en la STS 26-12-1995 (Ar. 9844), según el cual “la fijación de la plantilla de la empresa corresponde en principio al poder de dirección del empresario, que es la concreción del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución en el ámbito de las relaciones de trabajo. Siendo ello así, el compromiso de compartir el ejercicio de esta facultad con representantes de los trabajadores comporta necesariamente límites temporales que pueden venir determinados por la ley, como sucede con los

tuitivo del derecho del trabajo y en la fragmentación de su sistema de garantías¹¹⁹. Así pues, a partir de la promulgación de la L.E.T.T., se produce la legalización de una figura -la de las E.T.T.-, y como consecuencia de ello la institucionalización de la disociación entre la titularidad formal y el destino económico de la actividad del trabajo subordinado que tradicionalmente había constituido una forma de intermediación prohibida en nuestro ordenamiento laboral¹²⁰.

En realidad, esta opción del legislador, aunque resulta criticable, está en línea con la reforma laboral de 1994, en la que adquieren una mayor relevancia todos aquellos mecanismos de adaptabilidad encaminados a “una gestión más flexible de los recursos humanos en la empresa”, tal como se señalaba en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE, 23 de mayo). Con ello no sólo se ha tratado de facilitar el ejercicio de los poderes empresariales, aumentando las posibilidades de actuación del empresario, sino que incluso se ha visto afectada la esencia del poder del mismo¹²¹. Desde este punto de vista, considero que la reforma operada en 1994, de la que forma parte la L.E.T.T. de E.T.T., no supone una simple ampliación de los poderes empresariales, sino un cambio en los fundamentos jurídicos del poder empresarial.¹²² En este sentido, existe una determinada línea jurisprudencial posterior a la mencionada reforma legislativa que se ha pronunciado a favor de que la prestación de servicios en que consiste toda relación laboral, por su tracto sucesivo y su función instrumental en la producción de bienes y servicios, no puede permanecer estática y petrificada según las

llamados «períodos de consultas» para despidos y suspensiones colectivos y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, o que deben ser fijados por el convenio colectivo que prevé la negociación de la decisión empresarial correspondiente”.

¹¹⁹ Al respecto, vid., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica”, op. cit., págs. 142-143.

¹²⁰ Lo que también venía sucediendo en el ordenamiento italiano con anterioridad a la aparición de la Ley de 12 de marzo de 1997, por la que se legalizan las E.T.T.. Vid. CHIECO, P., “Poteri dell’imprenditore e decentramento produttivo”, UTET, Torino, 1996, pág. 319.

¹²¹ En Francia puede hablarse de una evolución parecida, de forma que las leyes laborales se presentan como disposiciones técnicas ofrecidas a las empresas, por lo que se va consagrando una especie de “gestión micro-económica del Derecho del Trabajo”, en terminología empleada por JEAMMAUD, A. y LYON-CAEN, A., “Droit et direction du personnel”, *Droit Social*, nº 1, 1982, pág. 60.

¹²² No es de la misma opinión MONTOYA MELGAR, A., “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral (Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, AEDTSS, Madrid, 1995, pág. 190, para quien “la naturaleza y

circunstancias originarias pactadas, sino que ha de tener la flexibilidad y dinamicidad necesaria para poder adaptarse a las exigencias técnico-organizativas de la empresa, para que ésta pueda cumplir sus fines de razonable y necesaria productividad en el ámbito de la economía de mercado en que ha de desenvolverse, ex art. 38 de la Constitución. Entienden estas sentencias que tal posibilidad de adaptación pertenece al contenido esencial de la facultad de dirección del titular empresarial, integrando el poder de dirección, con la única matización de que deberá ejercerse con el debido respeto a la dignidad del trabajador y a los principios informadores del derecho laboral¹²³.

La relación trilateral que se origina al entrar en juego la E.T.T. y la configuración de los poderes directivos como consecuencia de esta relación triangular, supone una ruptura con la teoría contractualista del poder de dirección, según la cual el contrato constituye el fundamento y el límite al propio poder de dirección. Por el contrario, la atribución a las empresas usuarias del poder de dirección durante el tiempo en el que dura la puesta a disposición implica, por el contrario, una asunción de los aspectos comunitaristas en este tipo de relaciones. La teoría comunitarista de empresa aparece precisamente en un momento del desarrollo industrial en el que la actividad económica y organizativa de la empresa se erige como eje fundamental y justificativo del poder de dirección. Desde este punto de vista, los trabajadores contratados por la E.T.T. para prestar sus servicios en las empresas usuarias son trabajadores que se vinculan a la dirección de la empresa para el logro de un resultado unitario, que sería el propuesto por la empresa usuaria¹²⁴. La intensificación del poder directivo del

fundamento jurídicos del poder del empresario no se han visto afectados por las reformas”, aunque sí lo han sido “el contenido, los límites y ciertas manifestaciones de su control”.

¹²³ Vid. la STS 30-4-1994 (Ar. 3475), STS 3-4-1995 (Ar. 2905), STS 6-2-1995 (Ar. 778), STS 14-5-1996 (Ar. 4396), STS 19-6-1995 (Ar. 5203), STS 18-7-1996 (Ar. 6165), STS 18-3-1996 (Ar. 2082). STSJ de Galicia 24-5-1994 (Ar.2265), STSJ de Cataluña 10-6-94 (Ar. 2554), STSJ de Cantabria 30-7-94 (Ar. 2991), STSJ de Castilla-León de 27-9-1994 (Ar. 3456), STSJ de Aragón 26-10-1994 (Ar. 3774), STSJ del País Vasco de 1-12-1994 (Ar. 4981), STSJ Baleares de 9-10-1995 (Ar. 3628), STSJ de 17-11-1995 Cataluña (Ar. 4469), STSJ de Murcia de 15-3-1996 (Ar. 579), STSJ de Cataluña 3-1-1996 (Ar. 831), STSJ de La Rioja de 15-10-1996 (Ar. 3674), STSJ del País Vasco de 24-5-1996 (Ar. 3128), STSJ de Madrid 24-10-1996 (Ar. 4233).

¹²⁴ Tal como la define RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Empresa y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 3, la empresa es “la organización coordinada e interdependiente de trabajadores

empleador se justifica en base a un cierto estadio dentro de la evolución de las políticas de gestión de las empresas, en el que se da primacía a las decisiones del empresario por encima de otras consideraciones. Los argumentos en favor de esta tendencia discurren en la línea de que el empleador dispone de los elementos necesarios para saber qué medidas pueden ser tomadas con la finalidad de permitir una mayor racionalización y agilidad en la dirección de los recursos humanos de la empresa¹²⁵. Y son estas consideraciones las que, a mi juicio, ha tenido en cuenta el legislador al asignar el poder de dirección a la empresa usuaria, al ser la empresa receptora de los servicios la que dirige la prestación del trabajador cedido.

Para los partidarios de las teorías comunitaristas de empresa, la pura relación contractual que vincula al trabajador con ésta no es por sí misma capaz de explicar determinadas situaciones jurídicas cuya producción deriva no tanto de la estricta relación obligacional que tiene su raíz e el contrato de trabajo, sino de esa otra realidad que es la organización empresarial. De ahí que, el poder de dirección ejercitado en la empresa, frente al poder directivo propio de las relaciones singulares, haya de ser analizado prestando mayor atención a las especialidades que la propia organización empresarial presenta, y ello no sólo implica la suma de los diferentes poderes de dirección que viene ejerciendo la empresa en cada uno de los contratos de trabajo, sino una ampliación del ámbito de dicho poder con un alcance mucho mayor, justificándolo en el interés general de empresa¹²⁶. La necesidad de este interés general o “fin común” - el denominado *Technischer Zweck*¹²⁷ en la doctrina alemana- constituye otro punto de apoyo de las teorías comunitaristas del poder de dirección, de forma que, a través de éste, se lleva a cabo la labor de organizar la pluralidad de prestaciones para dirigirlas a

para la consecución de un fin técnico laboral propuesto por el empresario, bajo cuya dirección y con cuyos medios se realiza el trabajo”.

¹²⁵ VERICEL, M., “Sur le pouvoir nomateur de l’employeur”, *Droit Social*, nº 2, 1991, pág. 120.

¹²⁶ En este sentido, señala MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, op. cit., 1965, pág. 134, “de la organización de la empresa surgen para el empresario facultades de dirección que, sin dejar de tener su fuente jurídica en la pluralidad de contratos de trabajo celebrados entre empresario y trabajadores, tienen por causa inmediata la estructura misma de la empresa. (...) Es fácil comprender que de esta cualidad de la empresa le venga reconocido al empresario un amplio poder directivo, de contenido mucho más complejo que el ejercitado en una relación singular de trabajo”.

¹²⁷ GIERKE, O., “Las raíces del contrato de servicios”, op. cit., pág. 39

dicho fin. Así pues, la existencia de un objetivo común en la empresa, constituye un concepto abstracto que parece justificar todas las órdenes del empresario que puedan, de una forma u otra, orientarse a este objetivo común¹²⁸. De ahí que no se dude en subordinar la esfera personal del trabajador a los intereses generales de la organización empresarial, aunque esos intereses únicamente vengan definidos por el empresario a través de instrumentos como el poder de dirección.

Asimismo, este concepto de poder de dirección se sustenta sobre la estructura jerárquica de la empresa, unida dicha estructura a la facultad de organización del empresario, de forma que la estructura de ésta depende en su integridad de la autoridad de su jefe, ejercida a través de sus poderes de mando, entre ellos, el de dirección. Se acentúa la idea de subordinación jerárquica, y ello no sólo en el ejercicio del poder directivo, sino en la fundamentación del propio poder; ya no se alude al contrato ni a la aceptación voluntaria por el trabajador, sino que su base reposa en la función de mando de la organización¹²⁹. La teoría comunitarista se fundamenta sobre la ventaja que supone que el empresario ejerza un control efectivo sobre todos los elementos que integran la organización empresarial, entre ellos los trabajadores. Así, la característica fundamental de la empresa es su condición de entidad organizada. Ésta constituye una organización de medios y personal -toda organización es el resultado objetivo de un poder organizador-, por lo que es necesaria la presencia de un sujeto del que proceda ese poder, configurándose así la conexión entre organización, organizados y organizador. La empresa se define como un centro productivo regido por unas normas reguladoras de relaciones jerárquicas y presidido por la idea de autoridad del empresario. Además, al constituir una organización de trabajo, y al ser el empresario la persona que ostenta la titularidad jurídica, corresponderá también a éste la asignación del poder de ordenación de la empresa.

¹²⁸ Para APARICIO TOVAR, J., y BAYLOS GRAU, A., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág. 10, “esta determinación unilateral de los fines se identifica con el interés de empresa, de donde resulta difícil, en ese ámbito, separa el interés de empresa de interés del empresario”.

¹²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un modelo democrático de relaciones laborales”, en AA.VV., “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pág. 14.

Ahora bien, la noción de empresa que se ha tomado como punto de partida de las concepciones comunitaristas es un concepto de empresa clásico, entendiendo por tal la que tiene por objeto la organización de las relaciones entre empresarios y trabajadores, en la que se da una conexión de prestaciones, de forma que unas son presupuesto o condición de las otras, es decir, no son una simple suma de relaciones de trabajo aisladamente consideradas. Pero para poder sustentar la noción de empresa como organización hace falta la construcción de un poder de dirección que no sea la mera adición de los poderes ejercidos sobre cada uno de los contratos de trabajo. En este sentido, la doctrina que se manifiesta a favor de estas tesis ha señalado que, del mismo modo que la simple suma de relaciones de trabajo no da lugar a la existencia de una empresa, puede decirse que la simple suma de poderes directivos que el empresario ejerce en virtud de la celebración de contratos de trabajo frente a cada uno de sus trabajadores tampoco da lugar al nacimiento de un poder distinto. En definitiva, se elabora el concepto de “poder de dirección general” que se distingue de la simple suma de poderes de dirección contractuales en que es “la tarea de organizar esa pluralidad de prestaciones y de dirigirlas al fin de la empresa”¹³⁰. Vemos, pues, que la idea de fin común se manifiesta continuamente como fundamento de esta concepción doctrinal, sin que se defina objetivamente en qué consiste concretamente ese fin común.

La asunción de la perspectiva comunitarista de los poderes empresariales en el ámbito de las E.T.T. se pone de manifiesto si se profundiza en los argumentos empleados por la doctrina a la hora de fundamentar la asignación del poder de dirección a la empresa usuaria. Se ha señalado que la atribución de las facultades de dirección y control a la empresa usuaria son lógicas si se toma en consideración que, por una parte, dicha empresa mantiene estrechos vínculos jurídicos con el trabajador derivados de la celebración del contrato de puesta a disposición con la E.T.T., y, en segundo lugar, por el hecho de ser la empresa receptora de la prestación de servicios del trabajador. El

¹³⁰ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, op. cit. , 1965, pág. 107.

trabajador se integra dentro del círculo organicista y rector de la empresa usuaria, lo que comporta atribuir a ésta el control efectivo de la ejecución de la actividad profesional del trabajador, lo que implica la asunción de los correspondientes poderes organizativos¹³¹. En este mismo sentido, se ha apuntado la necesidad de que la empresa usuaria dirija y fiscalice la prestación de servicios del trabajador, para poder hacer el sistema viable desde un punto de vista lucrativo¹³². Sin embargo, esta aparente “lógica” de la L.E.T.T. supone una quiebra de determinados principios básicos en los que se sustenta el poder de dirección empresarial, todos ellos desde una perspectiva contractualista del poder directivo, perspectiva por la que me he decantado al inicio de este estudio y por las razones que ya han sido expuestas, y que ahora van a ser profundizadas desde la perspectiva de la relación triangular que surge cuando se contrata al trabajador a través de una E.T.T..

La asignación del poder de dirección y control de la actividad laboral a la empresa usuaria supone una ruptura con el esquema contractualista clásico del poder directivo, según el cual el poder de dirección corresponde al que posee la condición de empresario del trabajador, que en nuestro caso es la E.T.T. y no la empresa usuaria. Como ya se ha visto con anterioridad, a través del art. 15 L.E.T.T., el ejercicio del poder se asigna a la empresa usuaria, por entender el legislador que éste corresponde a la empresa en cuya organización se integra el trabajador puesto a disposición. La quiebra del esquema contractualista básico del poder de dirección, como facultad inherente al sujeto que ostenta la cualidad de empresario del trabajador, resulta criticable porque a través de este esquema triangular de redistribución de poderes resulta enormemente dificultoso delimitar las órdenes empresariales que entran o no dentro de lo pactado en el contrato de trabajo. La asignación del poder de dirección y control a la empresa usuaria implica que ésta, en función de sus necesidades productivas, pueda impartir órdenes al trabajador sin haber pactado previamente con éste el objeto que constituye la

¹³¹ CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., “La reforma laboral de 1994”, op. cit., pág. 102.

¹³² MARTINS CATHARINO, J., “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 342.

prestación de servicios. De esta forma, se minimiza claramente la función limitativa que el contrato de trabajo desempeña a la hora de concretar cuáles son los deberes del trabajador en función de lo que ha sido pactado.

Como se ha visto, desde la perspectiva contractualista, el contrato de trabajo constituye simultáneamente el fundamento y el límite del poder de dirección empresarial, de manera que no sólo representa el título jurídico que legitima al empresario a impartir las órdenes e instrucciones en el desarrollo de la prestación laboral, sino también el instrumento jurídico donde se contienen los contenidos esenciales de la prestación a desarrollar por el trabajador, esto es, “el marco de regularidad”¹³³ en el que puede darse el ejercicio ordinario de las facultades directivas empresariales. El contrato de trabajo aparece como instrumento indispensable definitorio de los derechos y obligaciones legítimos del trabajador y empresario. En consecuencia, el contrato no constituye únicamente la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, sino el título jurídico donde se delimitan los elementos esenciales de la prestación laboral en base a lo previsto en las fuentes legales y convencionales e incluso estableciendo otras limitaciones no contempladas en éstas. En esta línea, el contrato de trabajo ha sido calificado como el primer límite dentro del cual ha de moverse el poder de dirección, obligándose el trabajador a realizar el trabajo convenido o la prestación debida según lo previsto en aquél¹³⁴. Bien es verdad que la obligación que a través del contrato asume el trabajador ha de modalizarse posteriormente por el empresario, en uso del poder de dirección -arts. 20.1 y 16.4 ET-, pero no es menos cierto que ello exige un acuerdo previo de voluntades dirigido a la determinación de los elementos esenciales del contrato. Esta predeterminación se debe llevar a cabo en un instrumento jurídico, que en nuestro caso es el contrato de trabajo, y de ahí que las limitaciones que éste impone a las partes impiden que el empresario proceda a una

¹³³ ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., “Poder de dirección y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 369, señala, en este sentido que “el contrato de trabajo y las fuentes laborales a él reconducidas aparecen como el único punto de referencia que objetivamente define la regularidad de una orden, dejando al margen con ello las definiciones subjetivas de ninguna de las partes”.

especificación arbitraria. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo y de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia¹³⁵ ha sido cautelosa a la hora de admitir manifestaciones ilimitadas del poder de dirección empresarial y exige a tales efectos la justificación, aunque sea mínima, de los cambios estructurales y organizativos que permiten, a modo de ejemplo, prescindir de una persona para designar a otra o, en términos más generales, que las medidas no hayan sido impuestas arbitrariamente, al no tratarse de una facultad calificable de omnímoda.

En base a las anteriores consideraciones, puede extraerse la conclusión que la redistribución de poderes entre la E.T.T. y la usuaria del art. 15 L.E.T.T. no tiene cabida dentro de un sistema contractualista en el que el poder de dirección se concibe limitadamente, en función del acuerdo que libremente se ha producido entre el empresario y el trabajador. Y ello porque la relación existente entre ambos sujetos no puede caracterizarse como una relación social preexistente al contrato de trabajo en la que el trabajador ofrezca su prestación laboral de una forma ilimitada, sino que es precisamente a través del contrato cuando nace la relación jurídico-laboral entre estos dos sujetos, fraguándose cuando se produce el intercambio contractual de voluntades entre ambos, y, desde este punto de vista, la relación laboral es una relación jurídica contractual¹³⁶. De no ser así, no nos encontraríamos ante un contrato de trabajo

¹³⁴ PÉREZ DEL RÍO, T., “La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7-III-1986”, op. cit., pág. 99; GARRIDO PÉREZ, E., “La información en la empresa”, op. cit., 82-83.

¹³⁵ Vid. la STS de 8-5-1984 (Ar. 2983), STS de 8-7- 1986 (Ar. 3990), STS de 23-6-1987 (Ar. 4614), STS de 9-4-1990 (Ar. 3433), STSJ de La Rioja 29-9-92 (Ar. 4273), STSJ de Asturias 15-10-92 (Ar. 4971), STSJ del País Vasco 2-12-92 (Ar. 6025), STSJ del País Vasco 15-12-1992 (Ar. 6226), STSJ de Andalucía 18-3-1993 (Ar. 1332), STSJ de Castilla-León 22-6-1993 (Ar. 2811), STSJ del País Vasco 1-6-93 (Ar. 2853), STSJ del País Vasco 14-6-1993 (Ar. 2859), STSJ de Aragón (Ar. 2904), STSJ de Extremadura 26-7-1993 (Ar. 3247), STSJ de Canarias 30-12-1993 (Ar. 5237), STSJ de Navarra 21-1-1994 (Ar. 20), STSJ de Cataluña 10-1-1994 (Ar. 140), STSJ de Castilla-León 15.2-1994 (Ar. 484), STSJ de Canarias 19-4-1994 (Ar. 1627), STSJ de Castilla-León 12-4-1994 (Ar. 1733), STSJ de Cataluña 16-6-94 (Ar. 2576), S. Audiencia Nacional 19-5-1994 (Ar.2785), STSJ de Cantabria 30-7-1994 (Ar. 2993), STSJ de Navarra 27-10-1994 (Ar. 3771), STSJ de La Rioja 15-11-1995 (Ar. 4246), STSJ Cantabria de 11-9-1996 (Ar. 2800), STSJ Aragón 14-2-1996 (Ar. 229), STSJ de Baleares 23-4-1996 (Ar. 1368), STSJ Cataluña 9-9-1996 (Ar. 4439), STSJ Cantabria de 11-9-1996 (Ar. 2800), STSJ de la Com. Valenciana 18-10-1996 (Ar. 3002).

¹³⁶ Así, afirma ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado. Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 28, 1986, pág. 496, “la relación social básica del modo de producción capitalista es, ya en su propia raíz, un relación jurídica contractual: no se trata de una relación social “en bruto” que luego se juridifica”.

propriadamente dicho, sino ante una relación de señorío entendida como una relación de fuerza en la que la personalidad del trabajador aparece tratada como una herramienta o instrumento de la que se sirve el detentador del poder para extender su dominio¹³⁷. Por el contrario, el trabajo por cuenta ajena implica un título contractual o voluntario en función del cual se produzca la atribución de los frutos del trabajo¹³⁸. Nos encontramos en presencia de un pacto llevado a cabo por un hombre libre y propietario de su fuerza de trabajo, en el que el trabajador se obliga a desempeñar su prestación laboral en favor de otro sujeto, pero bajo una serie de presupuestos pactados.

Uno de los efectos de la concepción comunitarista de la relación de trabajo es la transformación de la buena fe contractual, como criterio de cumplimiento de las obligaciones de las partes, en un deber de fidelidad del trabajador y en un deber de protección del empleador. Ahora bien, bajo esta perspectiva doctrinal, resulta mucho más gravoso para el trabajador el deber de fidelidad que para el empresario el deber de protección. En pocos casos se extraen consecuencias interpretativas del deber de protección que puedan ir en un sentido favorable a los intereses de los trabajadores más allá de la literalidad de las normas¹³⁹. Por ejemplo, en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, el deber de protección se concebía únicamente como una especie de cajón de sastre en el que se agrupaban una serie de obligaciones que la ley obligaba a cumplir por parte de quien recibía la prestación laboral: cotizaciones a la Seguridad Social, diversos deberes en relación con el salario, de formación profesional, concesión de vacaciones,

¹³⁷ Vid. el comentario de BARREIRO GONZÁLEZ, G., a la obra de GIERKE, O., “Las raíces del contrato de servicios”, op. cit., pág. 87.

¹³⁸ Tal como señala MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del Derecho del Trabajo en España”, estudio preliminar en “La legislación social en la historia de España”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XXIX, “la institución del contrato de trabajo no se limita a la incorporación al contenido contractual de la regulación de las condiciones mínimas de trabajo. Un segundo factor de configuración del mismo (...) es la adaptación de ciertas reglas del derecho común de los contratos a las exigencias organizativas del trabajo de fábrica o, más ampliamente, del trabajo prestado en organizaciones de cierta complejidad. La principal manifestación de este segundo elemento es el poder de dirección del empresario”. Vid. asimismo, MARTÍN VALVERDE, A., “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en AA.VV., “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”, op. cit., pág. 100, señala que “el esquema del contrato de trabajo ha sido y sigue siendo el intercambio patrimonial de trabajo por salario”.

¹³⁹ En este sentido, DÄUBLER, W., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 549, según el cual “es cierto que en principio se reconoció también el deber de protección y asistencia del empresario, pero tuvo consecuencias de mucho menor alcance. Apenas se rebasó el límite que ya aparecía fijado por imperativo de la ley o en el convenio colectivo”.

seguridad e higiene, servicios sociales en la empresa. Ahora bien, estos deberes no constituirían realmente obligaciones contractuales, sino cargas legales impuestas al empresario por el Estado, y cuya ejecución tenía lugar por la vía coactiva de las sanciones.

Si aplicamos estas consideraciones al ámbito de las E.T.T., podrá apreciarse que en el marco legal diseñado por la L.E.T.T., se atribuye la responsabilidad en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de la Seguridad Social a la empresa usuaria resultando esta asignación de responsabilidades lógica y coherente con los rasgos comunitaristas que informan la normativa de las E.T.T.. El resultado de ello es una notable desproporción entre los deberes impuestos a la empresa usuaria y al trabajador puesto a disposición: mientras el empresario cumple el deber de protección por el simple hecho de respetar las obligaciones que le impone la ley, el trabajador resulta obligado a recibir y cumplir las órdenes e instrucciones que provengan de la empresa usuaria, en favor de la organización empresarial de esta última, en la cual se integra como resultado del contrato de puesta a disposición celebrado entre ambas empresas. Exceptuando este deber que posee la empresa usuaria en relación a la protección de riesgos laborales y la responsabilidad en materia de recargo de prestaciones, la insuficiencia en materia de responsabilidades de dicha empresa puede apreciarse en otros aspectos fundamentales derivados de la prestación laboral, entre los cuales destacaría la mera atribución de la responsabilidad subsidiaria en materia salarial, estableciéndose únicamente la responsabilidad solidaria en aquellos supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 de la L.E.T.T..

En definitiva, considero que bajo este hipotético deber de protección que se predica por los partidarios de las teorías comunitaristas, lo que se encuentra no es más que el conjunto de deberes que el empresario está obligado a cumplir como consecuencia y como contrapartida de los poderes que tiene derecho a ejercitar. O dicho de otra forma, al empresario no se le está pidiendo ningún plus de protección en su

comportamiento que no venga exigido por la misma ley, ya que, si se opta por asignar a la empresa usuaria el ejercicio del poder de dirección del trabajador cedido, lo lógico es que ésta venga obligada a cumplir determinados deberes por el mero hecho de ostentar la posición jurídica de empresa receptora de la prestación de servicios. Tal como señala MARTÍN VALVERDE “el juego interpretativo del deber de protección es hilvanar artificiosamente las obligaciones del empleador distintas de la contraprestación de trabajo efectivo, revistiéndolas de una retórica paternalista”¹⁴⁰. Por el contrario, al trabajador se le está exigiendo que se vincule personalmente con la empresa, lo cual crea una descompensación entre los deberes exigidos a la empresa usuaria y los vínculos a los cuales se obliga al trabajador.

Por otra parte, la integración de los trabajadores puestos a disposición dentro del ámbito de dirección y control de la empresa usuaria, sin la existencia de ningún vínculo contractual que justifique el ejercicio de estos poderes por parte de dicha empresa, supone la consagración de la finalidad asociativa del contrato de trabajo en perjuicio de la contraposición de intereses que necesariamente ha de producirse si se siguiese la teoría contractualista. En el ámbito de la empresa usuaria, la plantilla se reduce a los mínimos imprescindibles para el desempeño directo de la actividad de la empresa, de manera que para todo lo que son funciones complementarias, auxiliares e instrumentales de ese objeto directo se recurre a la exteriorización de la mano de obra¹⁴¹. La legalización de las E.T.T. en nuestro país ha supuesto dar carta de naturaleza a todos aquellos fenómenos de descentralización productiva en los cuales lo determinante no es la protección de los derechos individuales del trabajador, sino que éste desarrolle la actividad laboral con el objeto de satisfacer al máximo el interés a la actividad, productividad y prosperidad de la empresa. De esta forma, la inexistencia de un vínculo contractual entre la empresa usuaria y el trabajador implica que ésta, como titular de la organización empresarial, posee -frente al trabajador puesto a disposición-, en virtud de

¹⁴⁰ MARTÍN VALVERDE, A., “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, op. cit. , págs. 81-82.

¹⁴¹ MOLERO MANGLANO, C., “Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de Trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pág. 363.

la posición de “elemento dirigente” o de “autoridad”¹⁴² en lo interno de esa organización. Y así, en la dinámica de la organización y en el ejercicio concreto de la autoridad de la empresa usuaria va a tenerse en cuenta de una forma prioritaria la posición de jefatura que asume ésta dentro de la estructura empresarial, en lugar de centrar el ejercicio efectivo de los poderes empresariales en el título jurídico que al empresario debe vincularle con cada trabajador individualmente considerado, esto es, el contrato de trabajo.

Esta finalidad asociativa característica de una visión comunitarista de los poderes empresariales que ha prevalecido con la integración en nuestro ordenamiento jurídico laboral de las E.T.T. dentro del fenómeno más amplio de la exteriorización del empleo, resulta incompatible, a mi juicio, con la disparidad de intereses inherente al contrato de trabajo. La fundamentación asociativa empleada por la concepción comunitarista no puede sostenerse bajo la perspectiva de la teoría general del contrato, ya que, por su esencia misma, el contrato supone dos voluntades independientes que debaten y discuten libremente las condiciones de su acuerdo¹⁴³, lo implica una inicial posición de conflicto que se intenta regular a través del mismo. Mediante este criterio delimitador se eliminan del concepto de contrato aquellos negocios jurídicos bilaterales en que las voluntades de las partes convergen para la satisfacción de un interés común, ya que en éstos no se tutelan por el ordenamiento jurídico los intereses individuales como distintos, independientes y opuestos, sino en cuanto voluntades que convergen para la satisfacción de un interés unitario y común, superior a los intereses individuales de quienes los celebran.

La configuración del contrato de trabajo desde una perspectiva asociativa encuentra serias dificultades para negar la evidencia de la disparidad de intereses existente entre empresario y trabajador, por lo que se buscan fórmulas intermedias según las cuales a través del contrato de trabajo las partes persiguen un interés particular

¹⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Empresa y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 69.

que es instrumental al interés común del cual depende la satisfacción de los intereses individuales. En definitiva, se llega a admitir por parte de las teorías comunitaristas que empresario y trabajador persiguen intereses distintos que únicamente podrían ser satisfechos a través de la consecución de un interés común a ambas partes. De esta forma, el contrato se somete a un interés supraindividual al cual han de subordinarse los intereses particulares de los contratantes, quienes colaboraran a través del contrato para la consecución de ese fin común. En realidad, la consecución del bien común está implícita en toda la sistemática jurídica y es consustancial al derecho mismo. Ahora bien, una cosa es que la contratación haya de someterse a un orden aprobado y tutelado por el Estado -no consintiendo el ordenamiento jurídico que el bien común sea vulnerado mediante el contrato con la finalidad de la consecución de fines contrarios a aquél y que en consideración a éste se justifiquen las restricciones a la libertad de contratación- y otra cosa bien distinta es que el contrato siga siendo el instrumento para la satisfacción de los intereses particulares, que en él se presentan frente a frente como contrapuestos o distintos.

Por otra parte, podría criticarse el hecho de que esa finalidad asociativa que preside la teoría comunitarista estaría desconociendo la propia fundamentación sobre la cual descansa el interés del trabajador a la retribución, una fundamentación que puede contemplarse desde tres puntos de vista: sociológico, legal y constitucional. En cuanto a la justificación sociológica o metajurídica que lleva al trabajador a celebrar el contrato de trabajo, ha de señalarse que la retribución supone el medio de subsistencia a través del cual el trabajador puede atender a sus necesidades personales y familiares. En base a una fundamentación legal, el interés del trabajador es siempre contemplado por el ordenamiento jurídico laboral en contraposición a aquél que persigue el empresario, y en base a esta concepción subyacente se justifica la función tuitiva que dicho ordenamiento jurídico desempeña. Y, en tercer lugar, el fundamento constitucional del interés del trabajador a una retribución digna lo encontramos en el art. 35 C.E., cuando

¹⁴³ COLIN, A., y CAPITANT, H., “Curso elemental de Derecho Civil”, Ed. Reus, Madrid, 1987, pág. 569.

se reconoce el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia¹⁴⁴.

1.1. La eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales como límite al poder de dirección de la empresa usuaria.

Anteriormente se ha puesto de manifiesto que el rasgo fundamental de la teoría contractualista estriba en hacer descansar sobre el contrato de trabajo el fundamento y límites del poder directivo. En base a ello, el defecto fundamental que se ha achacado a dicha teoría ha consistido en no dar una explicación adecuada en aquellos supuestos en los que no existía un contrato de trabajo por escrito, puesto que en estos casos es difícil saber cuál ha sido realmente la voluntad pactada, y, en consecuencia, cuáles han de ser los límites del poder de dirección del empresario¹⁴⁵.

Sin embargo, las teorías comunitaristas o institucionalistas, cuyos rasgos pueden apreciarse en la regulación de las E.T.T., no están exentas de críticas. Así, se produce una notable restricción del ámbito personal del trabajador puesto a disposición inmerso en la organización productiva de la empresa usuaria. A través de las teorías comunitaristas se ha llegado a justificar que el trabajador podría incluso quedar así obligado a promover y proteger el interés del empleador no sólo en el cumplimiento de su prestación laboral, sino también fuera del tiempo y lugar de trabajo. A modo de ejemplo, esta circunstancia se ha predicado de las empresas ideológicas, entidades que se caracterizan en los países de nuestro entorno cultural por ser el cauce o instrumento de expresión de un determinado sistema de valores¹⁴⁶. Este tipo de empresas exigen una cierta uniformidad ideológica entre sus miembros, a los que no se les permite discrepar públicamente de la orientación asumida por el grupo. El problema estriba en delimitar

¹⁴⁴ Según PERSIANI, M., “Contratto di lavoro e organizzazione”, op. cit., el interés del trabajador a obtener la retribución, independientemente de la realización de otros intereses instrumentales, también encuentra su fundamento en el art. 36 de la Constitución Italiana.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 25.

¹⁴⁶ Para APARICIO TOVAR, J., “Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág.93, “si la simple disconformidad es irrelevante, no cabe que por la empresa se hagan investigaciones preventivas para averiguar las opiniones del trabajador, ni exigirle, fuera de la relación de trabajo, un determinado

hasta qué punto el individuo que se incorpora en la organización productiva de estas empresas como trabajador por cuenta ajena puede ver limitado el ejercicio de determinados derechos constitucionales ante la supuesta necesidad de salvaguardar la imagen y coherencia externa del grupo¹⁴⁷.

En el supuesto de las E.T.T., las justificaciones en relación al poder de dirección que ostenta la empresa usuaria se han orientado principalmente a nivel organizativo o empresarial, planteando el conflicto entre la institución empresarial en su conjunto y el individuo-trabajador, sin que se delimite concretamente el ámbito de las posibles restricciones de los derechos fundamentales de los trabajadores. La argumentación se basa principalmente en el hecho de que las empresas usuarias necesitan, en determinadas ocasiones, personal ya formado o especializado en determinadas tareas no estables, para lo que acuden allí donde les puedan ofertar tales profesiones¹⁴⁸. Otras justificaciones se sitúan en el hecho de que la función de las E.T.T. se deben enmarcar en el seno de la tendencia general hacia una búsqueda de formas nuevas, más flexibles, de organización del trabajo¹⁴⁹. Bajo el planteamiento extensivo de las teorías comunitaristas aplicadas a la estructura organizativa de la empresa usuaria, la satisfacción del interés empresarial se plasma en la asignación al empresario usuario los poderes suficientes a los que el trabajador ha de subordinarse necesariamente. En este sentido, se ha señalado, la E.T.T. “admite, designa y ordena al trabajador hacerlo para otra empresa pero no dirige ni fiscaliza, lo que convertiría el sistema en inviable desde el punto de vista lucrativo e incluso imposible de modo general”¹⁵⁰, configurándose así, en mi opinión, el poder de dirección como un mecanismo potencialmente lesionador de los derechos fundamentales del trabajador.

comportamiento en base a la credibilidad del mensaje ideológico de la institución. Que una ideología sea creíble o no, es cosa que depende de la propia ideología”.

¹⁴⁷ Tal como señala CALVO GALLEGOS, F. J., “Contrato de trabajo y Libertad Ideológica”, CES, Madrid, 1995, pág. 142, el trabajador “aparece como titular de un conjunto de derechos fundamentales cuyo pleno ejercicio podría entrar en contradicción con la orientación asumida por el centro dificultando así, gravemente, la difusión del credo o sistema de valores al que sirve la entidad”.

¹⁴⁸ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “La posible licitud de las empresas de trabajo temporal”, Relaciones Laborales, T.I, 1993, pág. 372.

¹⁴⁹ DURÁN LÓPEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, Revista de Trabajo, nº 69, 1983, pág. 21.

Partiendo de la base de que estamos ante un poder de límites difusos, el empresario usuario puede considerarse legitimado en determinados momentos para impartir órdenes e instrucciones que afecten al modo de ejecución de la prestación de la prestación laboral, a pesar de que dichos mandatos pudiesen dañar los derechos del trabajador¹⁵¹. Los problemas de indeterminación del contenido esencial de los derechos fundamentales constituyen un grave obstáculo para que el trabajador cedido pueda hacerlos valer, y, correlativamente, suponen una ventaja para que el argumento organizativo y empresarial de la empresa usuaria se deje sentir con una mayor fuerza. Ahora bien, en mi opinión, resultan inadecuados los criterios que concedan la prioridad al interés de empresa o institucional, ya que el hecho de que el trabajador se incorpore en una colectividad organizada que es la empresa usuaria no puede justificar genéricamente las limitaciones de los derechos reconocidos en la Constitución. Actualmente, es imposible justificar una reducción ilimitada en el ámbito de la esfera privada del trabajador. Bien es verdad que el Tribunal Constitucional -tal como se verá más adelante- no hace prevalecer en todos los casos la pretensión individual del trabajador, pero lo que es incuestionable es que no existe un interés organizativo de empresa que pueda anular genéricamente el ejercicio constitucional de los derechos fundamentales del mismo¹⁵².

Como se ha visto anteriormente, para los defensores de la legitimidad de que la empresa usuaria asuma el poder de dirección, prevalecería el interés del empresario a organizar la actividad productiva sobre cualquier otra consideración de tipo individual del trabajador. Ahora bien, hay que tener en cuenta que una justificación que se base en

¹⁵⁰ MARTINS CATHARINO, J., “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 342.

¹⁵¹ ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D., “Poder de dirección y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 303, expresa la dificultad de limitación del poder de dirección cuando afirma que “las necesidades organizativas filtradas continuamente al contrato a través del poder dirección, modalizan la relación de trabajo de forma que, dada la situación de subordinación del trabajador, sean ellas las que limiten los derechos de aquél. Las necesidades empresariales son una razón poderosa que, impuestas por la vía de hecho o de derecho, no responden en principio a un criterio de autolimitación”.

la libertad empresarial no puede pasar por alto toda una serie de derechos constitucionales a los que tiene derecho el trabajador cedido como cualquier otro trabajador y como cualquier otro ciudadano. La cuestión estriba en dilucidar si el trabajador que es contratado por la E.T.T. puede ejercerlos también en el ámbito de la empresa usuaria, es decir, si los poderes empresariales de ésta están limitados no sólo por la normativa laboral común, sino por todos aquellos derechos de ámbito constitucional. El problema más importante con el que nos encontramos es que entre el trabajador y la empresa usuaria no existe ninguna vinculación contractual; de ahí que, si tenemos en cuenta que sobre este tema ya surgieron ciertas dificultades aun en los supuestos en los que se tratase de relaciones bilaterales típicas, con más motivo éstas podrían incrementarse en los supuestos en los que el trabajador es contratado por una E.T.T.. Sin embargo, considero que es posible la defensa de la aplicación de la normativa constitucional en el ámbito de las relaciones laborales en las que intervienen este tipo de empresa, opción que puede fundamentarse en una serie de argumentaciones que se exponen a continuación.

Es en este punto donde juega un papel fundamental la eficacia entre privados de los derechos fundamentales, doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* elaborada a raíz de los pronunciamientos de la jurisprudencia alemana¹⁵³. Concebidos como derechos públicos subjetivos, es claro que los derechos fundamentales establecen un orden de relaciones jurídicas entre el Estado -como persona jurídica- y los ciudadanos individualmente considerados. Así es como se concibe la funcionalidad de los derechos fundamentales en la época en la que surgen, para evitar las posibles agresiones a los mismos por parte de los poderes públicos que conformaban el Estado liberal. Ahora

¹⁵² En este sentido, MARTÍN AGUADO, A., “Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág. 52.

¹⁵³ Para VON MÜNCH, I., “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en AA.VV. (SALVADOR CODERCH, P., coord.), “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, págs. 35-36, uno de los argumentos fundamentales era que “los contratos de Derecho privado no podrían colisionar contra lo que podría denominarse el *ordre public* del ordenamiento jurídico de un Estado”. En Italia se recibe esta doctrina en los años 70’, a partir de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 9-9-1970. Vid. MANCINI, F., “Costituzione e movimento operaio”, Il Mulino, Bologna, 1976, pág. 117-118.

bien, los presupuestos socioeconómicos del *Welfare State* son notablemente diferentes a los que se dieron en el Estado liberal del pasado siglo. Actualmente, el individuo se encuentra inmerso en el seno de complejas relaciones económicas y sociales, como consecuencia de la relación que surge con otros individuos o grupos de poder social o económico que ostentan una posición dominante con respecto a aquél. Desde este contexto, es lógico que surjan determinados conflictos de intereses que pueden poner en entredicho incluso la efectiva vigencia de ciertos derechos fundamentales; de ahí que la tutela de los mismos sería meramente nominal o teórica si esas relaciones entre privados quedaran al margen de los mecanismos constitucionales de garantía de estos derechos. Según la mayoría de la doctrina constitucionalista¹⁵⁴, el inconveniente con el que nos encontramos a la hora de aplicar la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* es que no existe ningún precepto constitucional del que pueda decirse que se proclame, con carácter general, la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales. Es esta una de las incongruencias del Estado Constitucional de nuestro tiempo que, aunque tiene que afrontar y dar una adecuada respuesta a las demandas que surgen de los conflictos sociales y económicos -radicalmente diferentes a los del siglo pasado-, sigue operando con los viejos esquemas jurídicos del Estado liberal¹⁵⁵.

A pesar de lo expuesto, es perfectamente defendible que en nuestra Constitución se dan las suficientes premisas para entender que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es plenamente aplicable entre particulares. Sin embargo, como ya se ha señalado, la doctrina constitucionalista ha sido bastante reacia a admitir que exista una base en nuestro texto constitucional sobre la cual apoyar esta tesis. Esta visión

¹⁵⁴ Entre otros, GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, Civitas, Madrid, 1986, pág. 48; FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 39, 1993, pág. 216.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, op. cit., pág. 216-217 comparte la idea de que el Estado del Bienestar “no ha producido una estructura institucional de garantías análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones exigibles del Estado”.

restrictiva o “clásica”¹⁵⁶ podría responder fundamentalmente a una transposición mimética de la formulación del art. 19.4 G.G. (*Grundgesetz* o Ley Fundamental de Bonn) en nuestro ordenamiento constitucional. El art. 19.4 de la *Grundgesetz* permite a aquellos ciudadanos cuyos derechos sean violados por el poder público acudir a la vía judicial, mientras que el art. 53.2 C.E. -precepto con el que ha sido comparado el 19.4 de la *Grundgesetz*- no realiza ninguna mención a que el sujeto que transgreda el derecho tenga que ser el poder público, al disponer que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Así pues, el art. 53.2 C.E. no realiza ninguna mención a que los sujetos que vulneran el derecho fundamental sean los poderes públicos, por lo que podría, en este sentido, vislumbrarse una clara voluntad del legislador constitucional español de permitir el acceso a los tribunales -a través de un cauce preferente y sumario- de todos aquellos ciudadanos que hayan visto vulnerados sus derechos fundamentales tanto por los poderes públicos como también por otro sujeto privado. En la jurisprudencia alemana, es la sentencia de 15 de enero de 1958 (sentencia *Lüth-Urteil*) del Tribunal Constitucional Alemán la que sienta las bases de la aplicabilidad de la *Drittwirkung*¹⁵⁷. De forma similar, la STC 18/1984, de 7 de febrero¹⁵⁸, es la que consagra dicha doctrina en nuestro sistema jurídico constitucional cuya conclusión es que no sólo pueden ejercitarse los derechos fundamentales en relación con los poderes públicos, ya que la proclamación de un estado social y democrático de derecho obliga a que el titular de tales derechos ha de poder ejercerlos también en la vida social.

La opción escogida se decanta, pues, por la existencia de una apoyo constitucional suficiente en favor de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Ello no debe constituir una excepción en el ámbito laboral y dentro del

¹⁵⁶ Nomenclatura utilizada por BALLARÍN IRIBARREN, J., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 198

¹⁵⁷ VON MÜNCH, I., “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, op. cit., pág. 40 y ss.

éste, también en las distintas relaciones jurídicas que se desarrollan dentro de las nuevas formas de descentralización productiva y de exteriorización del empleo, tendencia que ha llevado a la legalización de las E.T.T. a través de la L.E.T.T.. La importancia del contenido social y el interés general propugnado de nuestra Constitución¹⁵⁹ constituye una justificación suficiente para propugnar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en este tipo de empresas y en el ámbito de las empresas usuarias, máxime si tenemos en cuenta que la interposición de un sujeto -la E.T.T.- entre el trabajador y la empresa usuaria donde desempeña sus servicios no puede constituir un elemento que propicie la elusión por parte de las empresas de determinados derechos constitucionales que las mismas se verían obligadas a respetar si el trabajador hubiese sido contratado de una forma directa por ellas¹⁶⁰.

En defensa de la posición expuesta pueden darse una serie de justificaciones basadas en el mismo texto constitucional. En primer lugar, cabe invocar la existencia de un orden económico y social justo que, tal como se establece en el Preámbulo de la Constitución, es voluntad proclamada de la nación española. A ello hay que añadir que la práctica totalidad del Capítulo I del Título III está dedicada a definir los aspectos sociales que deben regir la política económica. Del conjunto de los distintos derechos contenidos en el citado Capítulo, se desprende la opción constitucional por el sistema económico, esto es, un orden económico del tipo *Welfare State* o Estado del Bienestar. El Estado no es un mero vigilante del sistema económico, sino que con su actuación trata de conseguir el interés general y garantizar el bienestar social de cada uno de los ciudadanos. Como consecuencia de la importancia que se concede al carácter social de la economía y al interés general, se pone de manifiesto la voluntad del legislador

¹⁵⁸ (BOE 9-3-1984).

¹⁵⁹ En este sentido, señala POYAL COSTA, A., “La eficacia de los derechos humanos frente a terceros”, *Revista de Derecho Político*, nº 34, 1991, pág. 221, que “esta proyección entre particulares de las normas constitucionales constituye una de las bases del orden democrático liberal en tanto que conecta las normas constitucionales con el ámbito privado de la sociedad civil”.

¹⁶⁰ Sería aplicable el concepto de interposición, tal como es definida la interposición por MARTÍN VALVERDE, A., “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, nº 91, pág. 33, “una combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otras, y frente a terceros, una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero y real de las mismas”.

constitucionalista de lograr, especialmente en el ámbito social, la justicia e igualdad proclamadas del Estado social y democrático de derecho en el art. 1 del texto constitucional¹⁶¹. Esta proyección en la vida social es resaltada, como se ha dicho anteriormente, en la sentencia 18/1984, de 7 de febrero¹⁶², al señalar que “*no puede sostenerse que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social*”. Bajo esta afirmación se pone de manifiesto que en un Estado social y democrático de derecho, los derechos fundamentales se poseen no sólo en las relaciones políticas, sino también en las sociales. Ello queda suficientemente explícito a lo largo de la sentencia, en la que precisamente se destaca la importancia de la configuración del estado como social de Derecho, lo cual culmina una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es únicamente absorbida por el Estado, sino que “se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía público-privado”.

Por otra parte, el art. 9.1 C.E. constituye otro fundamento jurídico en defensa de la tesis mantenida. El hecho de que los ciudadanos y los poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico comporta dos consecuencias importantes: por un lado, la inclusión de los ciudadanos como colectivo sometido a los preceptos constitucionales debe entenderse en un sentido amplio, y, desde esta óptica también va a incluir la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en el tráfico *inter privados*. En segundo lugar, existe la obligación de los poderes públicos de actuar en favor de la eficacia de los derechos fundamentales en el seno de la sociedad, puesto que de otra forma esos derechos no extenderían su aplicabilidad a una de las facetas en las que más trascendencia puede tener el despliegue de éstos: la de su puesta en práctica por el individuo dentro de la sociedad en la que se integra. De lo contrario, afirmar que los derechos fundamentales únicamente pueden invocarse en relación a vulneraciones

¹⁶¹ MONTALVO CORREA, J., “Relaciones laborales y constitución: anotaciones a una década”, en AA.VV., “Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al prof. MANUEL ALONSO OLEA”, Madrid, 1990, pág. 299, “estamos, en definitiva, en el marco de un estado social y democrático de derecho en el cual se reconocen una serie de libertades públicas y derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales aunque, obviamente, son de aplicación a todo ciudadano, asumen lo que se ha llamado por la doctrina una versión laboral de los mismos”.

efectuadas por los poderes públicos, implica restringir la aplicación de los mismos hasta el punto de dejarlos en buena parte vacíos de contenido.

A esta segunda conclusión ha llegado también el Tribunal Constitucional -en la sentencia citada- al señalar que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución del art. 9.1 C.E. “se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social”. Esta concepción es la única capaz de superar el caduco sistema de derechos y libertades del Estado liberal, permitiendo que la tutela se extienda también a los sujetos de derecho privado. Precisamente, el Estado social y democrático de derecho supone una sensibilidad frente a lo social que se manifiesta en una actuación del Estado encaminada a que el trabajador pueda resistir las presiones del mercado de trabajo, ya que los beneficios sociales que dicho estado comporta le protegen de la simple interacción de la oferta y la demanda característica del Estado liberal¹⁶³. De lo contrario, el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad: por una parte, la aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, y por otra la predicable en las relaciones de los particulares entre sí.

Esta conclusión resulta necesaria a la vista de la realidad política y social actual, puesto que, en el momento presente, resulta más apremiante la defensa del individuo frente a las agresiones de determinados poderes sociales-económicos fácticos -lo que incluye otros sujetos privados frente a los cuales se encuentra en una clara posición de desigualdad social- que frente a las agresiones procedentes de los poderes públicos¹⁶⁴. Así, resulta necesario que la Constitución, reguladora del orden político y social, se proyecte en la esfera de las relaciones privadas, y, en consecuencia, la existencia de la

¹⁶² (BOE 9-3-1984).

¹⁶³ DE CABO MARTÍN, C., “Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional”, PPU, Barcelona, 1993, pág. 338.

¹⁶⁴ En este sentido, subraya PÉREZ LUÑO, A., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 314, que existe “un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales”.

protección constitucional de dichas relaciones por parte de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre los particulares es un factor de estabilización que contribuye a la realización de la Constitución, lo cual supone la mejor garantía del estado social y democrático de derecho.

Entre los defensores de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales se ha suscitado la controversia sobre si la misma es una eficacia inmediata (*unmittelbare*) o mediata (*mittelbare*). Bajo la primera de las opciones interpretativas - cuyo máximo exponente se encuentra en la teoría del orden de valores-, se impone la exigencia de que los particulares, de forma directa y necesaria, se sometan al sistema constitucional de derechos y libertades. Para la segunda de ellas -encabezada por las teorías positivistas-, es necesaria la previa actuación de los poderes públicos encaminada a dar cumplimiento al mandato constitucional que determine la situación jurídica de los particulares de acuerdo con los derechos fundamentales. Y, en este sentido, se ha señalado por los autores partidarios de estas tesis que las garantías de los derechos fundamentales que proporciona la Constitución sólo ofrecen un concepto vago, que necesita ser concretado (*Konkretisierung*)¹⁶⁵. Entre las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a la determinación del contenido de los derechos fundamentales, es especialmente importante la necesidad de que los tribunales interpreten todas las normas de derecho positivo de acuerdo con los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

La cuestión adquiere especial relevancia en el ámbito de las posibles limitaciones del poder de dirección empresarial por parte de los derechos fundamentales, ya que, de aceptarse la segunda de las teorías, la conclusión sería que es necesaria la concreción -bien por la vía normativa, bien por la vía jurisprudencial- de los derechos fundamentales en la normativa laboral común. A mi juicio, resulta más acorde con los principios inspiradores de nuestro orden constitucional la postura de aquellos

¹⁶⁵ OSSENBÜHL, F., “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 32, 1991, pág. 13.

autores que se han decantado por la primera de estas teorías, esto es, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales¹⁶⁶. Los argumentos que sustentan esta teoría suponen un ataque frontal a las teorías positivistas.

La opción por la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones que surgen como consecuencia de la contratación del trabajador por parte de las E.T.T. se fundamenta en la concepción del sistema constitucional como un orden objetivo de valores que inspiran e integran todo el orden jurídico estatal¹⁶⁷. De este modo, los derechos fundamentales cumplen su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento, además de constituir un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar¹⁶⁸. Con ello se opta por una postura clara en favor de la unidad sistemática de los derechos fundamentales, lográndose con dicha unidad el método que proporciona los criterios hermenéuticos necesarios a la hora de interpretar la legislación positiva que conforma todo el ordenamiento jurídico-positivo, en nuestro caso el ordenamiento laboral.

En mi opinión, el poder de dirección empresarial que tiene derecho a ejercitar la empresa usuaria durante el tiempo que dure la puesta a disposición del trabajador -art. 15.1 L.E.T.T.- no puede constituir un poder autónomo cuya función organizativa en dicha empresa se superponga a los mandatos constitucionales. Bajo esta opción interpretativa, los derechos fundamentales cumplirían una doble función en la relación laboral que se suscita a partir de la contratación del trabajador por la E.T.T., así como en

¹⁶⁶ Tal como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en AA.VV. (coord. BAYLOS, A. y APARICIO, J.), “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág. 32, “en un ordenamiento pluralista, al estilo del nuestro, los derechos fundamentales se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección”.

¹⁶⁷ Según DE CABO MARTÍN, C., “Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II”, Colección Apuntes sobre Constitución y Política, PPU, Barcelona, 1993, pág. 275, “la Constitución es la que conforma y garantiza la existencia de la subjetividad jurídica y el despliegue de su libertad (autonomía) e igualdad, con lo que se aprecia el carácter subsiguiente que tiene el Derecho privado respecto del Constitucional”.

la relación que surge de la integración de éste en el ámbito organizativo de la empresa usuaria: por una parte constituyen las garantías de la libertad individual que el trabajador antes que como individuo integrado en una organización empresarial ostenta como ciudadano. Por otra parte, asumen una función institucional a través de la que su contenido se instrumentaliza en orden a lograr la consecución de los fines sociales y colectivos proclamados constitucionalmente en un Estado social de derecho como el nuestro.

A través de esta dimensión social que lleva consigo la teoría institucional de los derechos fundamentales se logra que el contenido de los mismos no quede únicamente en un contenido puramente programático¹⁶⁹, sino que dicha opción tiene la virtualidad de dotarlos de un contenido específico exigible a través de una tutela efectiva. Para poder ser exigibles no es necesario que estos derechos fundamentales hayan pasado a formar parte de la legislación infraconstitucional, sino que, por medio de la Constitución, los derechos fundamentales pasan de la categoría ética de derechos naturales a la categoría jurídica de derechos positivizados con el más alto rango y protección¹⁷⁰. Puede afirmarse que el Tribunal Constitucional¹⁷¹ se ha decantado por esta vía desde sus primeras sentencias¹⁷², sosteniendo el carácter vinculante de los derechos laborales, de forma que éstos constituyen las categorías jurídicas que concretan e interpretan los derechos sociales de los trabajadores. El razonamiento del Tribunal discurre por dos vías: una de ellas, en favor de la consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, y la otra en la configuración como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, configurada ésta

¹⁶⁸ PÉREZ LUÑO, A., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, op. cit., pág. 298.

¹⁶⁹ Tal como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, Civitas, Madrid, 1991, pág. 74. se ha querido ofrecer un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente”.

¹⁷⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., “Constitución: Escritos de Introducción histórica”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 43.

¹⁷¹ STC 120/1983, de 15 de diciembre (BOE 11-1-1984), STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-1985), STC 206/1987, de 21 de diciembre (BOE 8-1-1987).

¹⁷² La eficacia inmediata constituye, según PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1984, pág. 57, la “premisa indispensable para la admisión de la aplicabilidad del procedimiento de amparo en casos de violación de derechos fundamentales en las relaciones privadas”.

como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.). De todas formas, en la polémica entre la eficacia inmediata o mediata de los derechos fundamentales, juega un importante papel el art. 17.1 E.T., porque reproduce en el plano de la legalidad ordinaria la prohibición de discriminación, por lo que no deja dudas a la posibilidad de llevarla a las relaciones entre privados, propiciando su aplicación directa en la jurisdicción ordinaria¹⁷³.

En el terreno laboral, el Tribunal Constitucional ha venido señalando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones con el empresario, principalmente porque la desigual distribución del poder social entre trabajador y empresario y la diferente posición que ambos ocupan en la relación laboral incrementan el riesgo de que el empresario pueda menoscabar, en algún momento de dicha relación, los derechos fundamentales del trabajador. de forma que los distintos derechos fundamentales se han concebido como derechos subjetivos de los trabajadores susceptibles de ejercitarse en la relación jurídico-laboral, y, en consecuencia, de ser protegidos a través de la tutela judicial¹⁷⁴. A causa de esta línea mantenida por el Tribunal Constitucional, la doctrina mayoritaria¹⁷⁵ ha señalado que éste ha desempeñado un importante papel en el proceso de consolidación de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, realizando una valoración global positiva de la línea mantenida por el citado tribunal, en el sentido de haber rechazado una opción comunitaria de empresa que justifique un poder ilimitado del poder de dirección.

¹⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág. 115.

¹⁷⁴ Entre otras, vid. la STC 120/1983, de 15 de diciembre (BOE 11-1-1984), STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-1985), STC 206/1987, de 21 de diciembre (BOE 8-1-1987), STC 6/1988, de 21 de enero (BOE 5-2-1988), STC 96/1989, de 29 de mayo (BOE 14-6-1989), STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9-8-1989), STC 123/1990, de 2 de julio (BOE 30-7-1990), STC 126/1990, de 5 de julio (BOE 30-7-1990), STC 99/1994, de 11 de abril (BOE 17-5-1994), STC 134/1994, de 9 de mayo (BOE 13-6-1994), STC 6/1995, de 10 de enero (BOE 11-2-1995), STC 104/1995, de 3 julio (BOE 31-7-1995), STC 125/1995, de 24 de julio (BOE 22-8-1995), STC 90/1997, de 6 de mayo (BOE 9-6-1997).

¹⁷⁵ En esta línea, DEL REY GUANTER, S., “Libertad de expresión e información y contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 79; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., “Poder de

VALDÉS DAL-RÉ ha puesto de relieve que la doctrina del Tribunal Constitucional ha constituido el punto de referencia de la jurisprudencia ordinaria en orden al fortalecimiento de los derechos fundamentales, lo cual constituye la base principal para lograr -al margen de que a veces no se haya conseguido- el efectivo respeto de dichos derechos¹⁷⁶. En este sentido, la STC 120/1983, de 15 de diciembre¹⁷⁷ constituye un claro ejemplo de esta línea jurisprudencial, al mantenerse que “no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional”¹⁷⁸. También en este contexto hay que enmarcar la figura del despido radicalmente nulo por obra de la STC 38/1981, de 23 de noviembre¹⁷⁹, con el objeto de atribuir los efectos de la nulidad a los despidos discriminatorios y aplicada posteriormente a todos los despidos lesivos de derechos fundamentales, figura recogida actualmente en el art. 55.5 E.T. y en el art. 108.2 L.P.L.

Sin embargo, hay que matizar que, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya realizado una labor importante en orden al fortalecimiento de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito empresarial, dicho Tribunal ha sido mucho más proclive al reconocimiento de éstos como límite al ejercicio del poder disciplinario que como límite al poder de dirección del empresario¹⁸⁰. La doctrina ha señalado que ello puede responder a que la mayoría de las reclamaciones efectuadas por

dirección y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 306, y VALDÉS DAL-RÉ, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, Relaciones Laborales, T. I, 1990, pág. 292.

¹⁷⁶ VALDÉS DAL-RÉ, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, op. cit., pág. 292, es de la opinión de que “pertenece al mérito del Tribunal Constitucional, por lo pronto, el haber llevado la iniciativa en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, elaborando construcciones de signo abiertamente garantista y que han tenido un claro efecto de irradiación en la jurisprudencia ordinaria y (...) una labor de pedagogía social, derivada de su indiscutible *autoritas*, sobre el funcionamiento del propio sistema de relaciones laborales”.

¹⁷⁷ (BOE 11-1-83).

¹⁷⁸ En esta misma línea, señala la STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-85), que “las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza”.

¹⁷⁹ (BOE 22-12-81).

los trabajadores por la vulneración de derechos fundamentales tienen como punto de partida el despido llevado a cabo por el empresario, y además porque el poder disciplinario agrava sensiblemente la posición contractual del trabajador, “en cuanto proporciona al empresario un medio de reacción frente a los incumplimientos que no tiene parangón en otras relaciones obligatorias”¹⁸¹. A pesar de las razones expuestas, el hecho es que puede verse una cierta carencia en la aplicación de la doctrina de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales fuera del ámbito del poder disciplinario empresarial, siendo el Tribunal Constitucional más reticente a declarar la violación del derecho fundamental cuando éste colisiona con el ejercicio del poder de dirección empresarial. Dicha reticencia no es tan palpable en derechos fundamentales con un marcado contenido laboral -tal es el caso del derecho de libertad sindical y de huelga-, aunque sí que se ha puesto de manifiesto en relación con otros derechos fundamentales, como es el caso de la libertad ideológica o religiosa, la dignidad e intimidad personal o la libertad de expresión.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha hecho prevalecer el poder de dirección o las razones organizativas o económicas de la empresa en detrimento de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, a diferencia de lo que ocurre cuando se da el conflicto entre poder disciplinario y derechos fundamentales, en los que prevalecen por regla general éstos últimos. A modo de ejemplo, puede citarse la STC 129/1989, de 17 de julio¹⁸², en la que los demandantes reclaman su adscripción al turno de noche para poder compatibilizar la prestación laboral con sus estudios universitarios. Dicha sentencia constituye un claro ejemplo de esta línea jurisprudencial que, a mi juicio, podría entenderse que acoge determinados rasgos propios de las teorías comunitaristas de empresa al señalar que “*admitir tal derecho y tal ventaja equivaldría a condicionar la organización productiva en su estructuración al ejercicio de derechos fundamentales de su personal fuera del tiempo de trabajo*”. Con argumentaciones

¹⁸⁰ Vid. PEDRAJAS MORENO, A., “Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia”, op. cit., pág. 148.

¹⁸¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág.186.

¹⁸² (BOE 9-8-89).

similares a la expuesta, tampoco se ha reconocido por el Tribunal Constitucional la violación del derecho fundamental del trabajador cuando éste ha querido hacer coincidir el día de descanso semanal con el que su religión le prescribe (STC 19/1985, de 13 de febrero¹⁸³), basando su pronunciamiento en que el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que no puede imponerse imperativamente al empresario¹⁸⁴. En esta misma línea, entiende el Tribunal Constitucional -STC 170/1987, de 30 de octubre¹⁸⁵- que el empresario no se excede en sus facultades directivas cuando obliga a afeitarse a un barman, fundamentando el Tribunal esta decisión en que la decisión empresarial venía legitimada por el uso o costumbre local en el sector de hostelería¹⁸⁶. Esta tendencia jurisprudencial parece no tener en cuenta que es precisamente en el marco de la organización productiva y, por tanto, en el ámbito del poder directivo empresarial, donde se producen, en un primer estado, las situaciones conflictivas que posteriormente pueden dar lugar al ejercicio del poder disciplinario¹⁸⁷.

La situación de riesgo de vulneración de los derechos fundamentales se incrementa en las relaciones que surgen como consecuencia de la contratación llevada a cabo por las E.T.T., si tenemos en cuenta que, a través de la asignación del poder de dirección a la empresa usuaria, se da prevalencia a los criterios organizativos y productivos de dicha empresa, ya que la utilidad del recurso a las E.T.T. para las empresas usuarias parece orientarse fundamentalmente a la reducción del peso de las cargas que como empresario directo tendrían que asumir -salariales, de Seguridad

¹⁸³ (BOE 5-3-85).

¹⁸⁴ A esto añade el Tribunal Constitucional que “la preferencia del Estatuto de los Trabajadores por el domingo (...), lo es por ser éste el día tradicional y generalizado del descanso. La fijación del domingo es, desde esta perspectiva, el desarrollo laboral e interno del art. 2.3 del convenio nº 14 y del art. 6.3 del Convenio nº 106 (de la O.I.T.)”.

¹⁸⁵ (BOE 21-11-87).

¹⁸⁶ Según el Tribunal Constitucional, los empleados que tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados, por lo que no pueden considerarse vulnerados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula. Vid, también, la STC 73/1982, de 2 de diciembre, (BOE 29-12-82).

¹⁸⁷ Tal como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “Perfiles del poder disciplinario”, Tribuna Social, nº 63, 1996, pág. 15, “es en el marco de la organización donde se crean las situaciones de peligro de aquellos derechos que se trata de defender a través del poder disciplinario; y es por tanto funcional a la organización esta defensa”.

Social, formativas, entre otras- transformando así los gastos fijos en gastos variables y constituyendo un instrumento a partir del cual las empresas usuarias tratan de conseguir una gestión más flexible y dinámica de los recursos humanos¹⁸⁸. Esta prevalencia de los criterios organizativos de la empresa usuaria contrasta con la disminución de las garantías que los trabajadores tienen atribuidas a través de la normativa laboral para que éstos puedan ejercitar los derechos derivados del contrato de trabajo. En este sentido, ha de destacarse la dificultad que supone la creación de órganos de representación en el seno de las E.T.T. si tenemos en cuenta las reglas previstas en el art. 69 E.T., según el cual serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por la movilidad del personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad. La exigencia del art. 69 E.T. resulta difícil de cumplir, si se tiene en cuenta la corta duración de las misiones para las que es contratado el trabajador puesto a disposición, cuestión que se complica todavía más en relación al cómputo concreto de los de miembros que han de integrar los órganos representativos -delegados de personal y comités de empresa-, según la escala prevista en el art. 66 E.T, sin que la solución pueda venir tampoco a través de la aplicación de las reglas contenidas en el art. 72.2 E.T., que establecen el cómputo de los trabajadores temporales. Estas dificultades a la hora de constituir órganos de representación de los trabajadores en la E.T.T. va a repercutir, inevitablemente, en la disminución de la protección y satisfacción de los intereses de los trabajadores contratados por la E.T.T., puesto que difícilmente va a poder hacerse efectivo el ejercicio del derecho a la participación en la empresa de los trabajadores previsto en el art. 4.1.g) E.T., ya que la vía de la que disponen los trabajadores para poner en práctica este derecho es precisamente la existencia de órganos de representación de los trabajadores en la empresa¹⁸⁹.

¹⁸⁸ DURÁN LÓPEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, op. cit. pág. 22.

¹⁸⁹ Tal como señala GARRIDO PÉREZ, E., “La información en la empresa”, op. cit, pág. 100, el efectivo ejercicio de un concreto derecho a la participación en la empresa que se reconoce a los trabajadores como tales en el art. 4.1.g) E.T., queda mediatizado por los efectos jurídicos de un típico mecanismo

Con la finalidad de intentar paliar los efectos derivados de la ausencia de órganos de representación en el ámbito de las E.T.T., el art. 17.1 L.E.T.T. establece el derecho de los trabajadores puestos a disposición a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación a las condiciones de ejecución de la actividad laboral. A partir de la Ley 63/1997 se amplían las competencias de dichos representantes, a través de la atribución de la representación de los trabajadores en misión mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. Sin embargo, esta atribución plantea el problema de cuál sería el cauce procesal de defensa de los intereses de estos trabajadores, en particular si sería posible atribuir a los representantes de la empresa usuaria la legitimación a la hora de interponer las correspondientes demandas en un proceso de conflictos colectivos, partiendo de lo previsto en el art. 152 c) -que atribuye la legitimación procesal a los empresarios y órganos de representación legal de los trabajadores en los conflictos de empresa o ámbito inferior-. Esta cuestión puede resolverse parcialmente acudiendo a lo dispuesto en el art. 152 a) L.P.L., que atribuye dicha legitimación a los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.

Asimismo, pueden plantearse otros problemas derivados de cuáles serían las materias sobre las que los representantes de la empresa usuaria podrían llevar a cabo la reclamación¹⁹⁰. El art. 17.1 L.E.T.T. atribuye la representación en relación a “*todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas*” -las empresas usuaria-, pero esta redacción suscita dudas con respecto a si se incluyen también aquellas reclamaciones que tienen su origen en el incumplimientos de obligaciones de la E.T.T., como podrían ser las reclamaciones en materia salarial, de Seguridad Social, u otras materias que conllevan una vinculación con la E.T.T., como serían aquellos conflictos

representativo, hasta el punto de tener que admitir incluso que son los órganos de representación, y no aquéllos, los que en realidad participan en la empresa”.

que tengan su origen en la aplicación del convenio colectivo de la E.T.T., la impugnación del convenio colectivo de aplicación en dicha empresa o las reclamaciones que versen sobre la potestad disciplinaria que el art. 15.2 L.R.T.T. atribuye a la E.T.T. Todos estos problemas interpretativos que surgen de la regulación insuficiente del art. 17.1 L.E.T.T. se pueden agudizar en aquellos conflictos en los que los trabajadores afectados pretendiesen invocar una hipotética lesión de los derechos fundamentales, supuestos en los que el problema adquiere una especial gravedad, dada la trascendencia de los derechos que el trabajador pretendería hacer valer ante la E.T.T. o la empresa usuaria.

Todas estas deficiencias legales ponen de manifiesto que los trabajadores que prestan servicios en el ámbito de empresas usuarias pueden ser objeto, con mayor facilidad que los trabajadores contratados directamente, de una desprotección a la hora de hacer valer sus derechos fundamentales o de restituir una posible vulneración de éstos en la empresa usuaria, lo que resulta inadmisibles en un sistema democrático de relaciones laborales en el que los derechos fundamentales del trabajador tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional, por lo que la celebración del contrato de trabajo con la E.T.T. no debe suponer la privación para el trabajador de los derechos reconocidos en la Constitución, y cuya reparación debe ser garantizada a través del proceso laboral¹⁹¹.

Así pues, si se mantiene la doctrina constitucional expuesta con anterioridad - según la cual prevalecería el poder de dirección empresarial sobre los derechos individuales del trabajador- a la relación que el trabajador puesto a disposición mantiene con la empresa usuaria, podría darse el riesgo de que la primacía de las razones organizativas empresariales en perjuicio de determinados derechos fundamentales del trabajador. La línea jurisprudencial a la que se ha hecho referencia implica, a mi juicio,

¹⁹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, J., “Contratación temporal y empresas de trabajo temporal en el RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo”, en *Jornades dels Jutges del Social davant la Reforma Laboral de 1997*, Platja d’Aro, junio, 1997, original mecanografiado, pág. 9.

¹⁹¹ Vid. STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-85) y la STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9-8-89).

la instrumentalización del ámbito privado del trabajador en favor del ejercicio del poder de dirección del empresario, lo que ciertamente puede vaciar de contenido determinados derechos fundamentales del trabajador cedido en el ámbito de las empresas usuarias. A modo de ejemplo, podría producirse una posible vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y la propia imagen (art. 18.1 C.E.), el de la libertad de difundir y expresar libremente los pensamientos, ideas u opiniones (art. 20.1.a. C.E.) o el de la educación (art. 27 C.E.). Hay que tener en cuenta que del contenido de estos derechos se desprende que el bien jurídico protegido no puede ser valorado únicamente en su proyección individual, sino que éste ha de ser apreciado en un contexto social derivado de la relación del trabajador con otros trabajadores y con el empresario, así como dentro del ámbito colectivo que es la empresa¹⁹². En consecuencia, valores como la dignidad, intimidad o libertad religiosa y su traducción como derechos fundamentales de la persona han de ser susceptibles de ser puestos en práctica en el ámbito organizativo de la empresa usuaria, ya que la proclamación en el art. 1.1 C.E. del Estado social y democrático de derecho resulta incompatible con una concepción del ciudadano que ve restringida su libertad cuando ingresa en la comunidad social a través de su integración en una organización económico-productiva¹⁹³. La cláusula de Estado social y democrático de derecho implica que “el estado queda constitucionalmente comprometido a establecer mecanismos compensatorios de las desigualdades sociales que, inevitablemente, el mercado produce”, entre las que deben incluirse aquellas que se puedan producir en el seno de la empresa usuaria¹⁹⁴.

Así pues, el sometimiento a las órdenes e instrucciones que sobreviene al trabajador cuando entra a formar parte de la organización productiva de la empresa usuaria no puede implicar su renuncia al libre desarrollo que, como ser humano,

¹⁹² Vid. ALONSO OLEA, M., “Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución”, Civitas, Madrid, 1982, pág. 28.

¹⁹³ Vid. GOÑI SEIN, J.L. “El respeto a la esfera privada del trabajador”, Civitas, Madrid, 1988, pág. 30.

¹⁹⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Estado Social y Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 1992, pág. 13. Tal como ponen de manifiesto ZOPPOLI, L. y GAETA, L., “Verso un diritto diseguale senza diseguaglianze”, en AA.VV., “Il Diritto

también debe proyectarse en dicho contexto social. De lo contrario, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 88/1985, de 19 de julio¹⁹⁵, la posición de supremacía jerárquica del empresario podría derivar a formas de “feudalismo industrial” que repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los que ese Estado toma forma y se realiza. Por el hecho de que el trabajador se integre en la estructura empresarial de la empresa usuaria -cuyos intereses y necesidades desde el punto de vista organizativo han sido tenidos en cuenta a la hora de proceder a la legalización de las E.T.T. a través de la L.E.T.T.- dicha empresa no queda legitimada para privar al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, ya que la organización productiva de la empresa usuaria, como la de cualquier otra empresa, no debe constituir un compartimento estanco del resto de la sociedad¹⁹⁶.

La aplicación directa los derechos fundamentales que el trabajador ostenta como ciudadano y, como consecuencia de ello, también como persona inserta en el ámbito organizativo empresarial, demuestran la existencia de los límites a los que en la actualidad deben someterse las tesis comunitaristas de empresa, y, en consecuencia, la correlativa presencia de limitaciones al poder directivo que atribuye el art. 15.1 L.E.T.T. a las empresas usuarias¹⁹⁷. En conclusión, la única forma de entender el poder de dirección empresarial de dicha empresa estriba, a mi juicio, en su inserción dentro de lo que es el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador. De esta forma, el contrato de trabajo no es únicamente un presupuesto que condicione la existencia del

diseguale. La legge sulle azioni positive”, Torino, Giappichelli, 1992, pág. 7, “la disparità di posizioni delle parti del contratto individuale è soltanto un punto di partenza”.

¹⁹⁵ (BOE 14-8-85).

¹⁹⁶ Tal como destaca GARCÍA PELAYO, M., “Las transformaciones del Estado Contemporáneo”, Alianza Universidad, Madrid, 1989, pág. 101, “el significado del Estado Social estriba en situar a todas las capas del pueblo en las condiciones socio-económicas y culturales adecuadas para el ejercicio efectivo de los derechos democráticos”.

¹⁹⁷ Pueden trasladarse aquí las consideraciones efectuadas por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Justicia Constitucional y Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 444, en el sentido de que “no es aceptable una interpretación de la normativa infraconstitucional que devalúe la fuerza normativa y la efectividad de los derechos, principios y valores constitucionales en que se apoya nuestro Estado social y democrático de derecho”.

poder directivo, sino que éste sólo puede ejercerse bajo los límites que el propio contrato de trabajo impone, constituyendo así el elemento de demarcación de los poderes empresariales.

El contrato de trabajo celebrado con la E.T.T. se configura, de esta forma, como el título jurídico que legitima al trabajador para rechazar aquellas órdenes basadas exclusivamente en las decisiones empresariales ilimitadas de organizar, regular y regir la actividad de la empresa. Dicho contrato se configura así como el único fundamento capaz de atribuir al empleador la facultad de especificación y control de la actividad laboral, de forma que las necesidades organizativas y económicas que posee la empresa usuaria han de enmarcarse dentro del mismo, ya que dichas necesidades sólo son elementos externos a la relación laboral que necesitan de una concreción en cada una de las relaciones particulares que se dan en la empresa. Es por ello, que puede afirmarse que el contrato de trabajo constituye el tamiz jurídico que filtra todos aquellos elementos organizativos de la empresa usuaria que, *a priori*, forman un contenido abstracto, generalizado y confuso. Estos contenidos inconcretos y ambiguos necesitan ser precisados en el seno del contrato de trabajo celebrado con la E.T.T., a los efectos de proporcionar, al trabajador puesto a disposición, la seguridad jurídica necesaria para poder llevar a cabo la prestación laboral sin que las razones organizativas puedan hacerse valer en cualquier momento como elementos legitimadores del poder de dirección que ostenta la empresa usuaria. Una de las grandes debilidades de la defensa, desde un punto de vista genérico, de los argumentos organizativos empresariales de las empresas usuaria estribaría, consecuentemente con lo expuesto con anterioridad, en que, bajo un punto de vista constitucional, esta postura es difícilmente defendible, tal como va a exponerse a continuación.

El argumento de la libertad de empresa en favor de la prevalencia del interés organizativo de la empresa usuaria decaería ante la concepción actual del Estado social y democrático de derecho, si se tiene en cuenta que el reconocimiento de esta libertad debe ir acompañada necesariamente de la exigencia, propia de la economía social de

mercado, de que su ejercicio respete la seguridad, libertad y dignidad humanas y sin perjuicio de una programación y fiscalización por ley encaminada a la consecución de finalidades sociales¹⁹⁸. Por otra parte, la situación del art. 38 C.E. implica un nivel de protección inferior al reconocido en relación a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la Sección Primera del Capítulo II (y en el art. 14 C.E.)¹⁹⁹. Los derechos y libertades reconocidos en la Sección Primera están garantizados a través del recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes que puedan dictarse en su desarrollo, mediante la invocación del derecho ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento preferente y sumario y mediante la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, los derechos y libertades reconocidos en la Sección 2ª -entre los que se encuentra la libertad de empresa del art. 38 C.E.- reciben la protección a través del recurso de inconstitucionalidad en los términos vistos y mediante la posibilidad de esgrimirlo ante los tribunales ordinarios y por el procedimiento normal. Por consiguiente, resulta indiscutible que unos derechos resultan protegidos más enérgicamente que otros; y esta diversa protección no admite discusión alguna, por mucho que sus posibles motivaciones se consideren cuestionables.

Además del diferente grado de protección constitucional del art. 38 C.E., resulta difícil justificar en base a este precepto la plena disponibilidad del trabajador en beneficio del poder de dirección empresarial, por la propia configuración generalizada o ambigua de este derecho²⁰⁰ y, en consecuencia, por la dificultad de asignarle ese contenido específico, ya que parece más un principio de política económica, cuyo encuadramiento sería más apropiado quizás en el Capítulo Tercero del Título I²⁰¹. Tal

¹⁹⁸ ENTRENA CUESTA, R., “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, F. (Coord.), “El modelo económico de la Constitución Española. Vol. I”, Publicaciones del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, Vol. I, pág. 123.

¹⁹⁹ GARRIDO FALLA, F., .), “El modelo económico de la Constitución Española. Vol. I”, Publicaciones del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 62.

²⁰⁰ NÚÑEZ NÚÑEZ, J., “Libertad de empresa y reserva de Ley”, Poder Judicial, nº3, 142, apunta que “el art. 38 C.E. debe su peculiar ambigüedad, que le hace polivalente, al proceso de consenso que, como en otros tantos casos, presidió su redacción y aprobación”

²⁰¹ MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 294.

como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 83/1984, de 24 de julio²⁰², el art. 38 C.E. en realidad no expresa contenido esencial alguno. No se puede hablar de un contenido esencial de cada profesión, ni de cada oficio, ni de cada actividad profesional concreta; las limitaciones a la libertad de empresa no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada, en la mayor parte de los casos, por preceptos de rango infralegal. Para el Tribunal Constitucional, el art. 38 C.E. no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está condicionado y disciplinado por normas de muy distinto orden. Su regulación no es una regulación de los derechos constitucionales garantizados en el art. 38 C.E.

A mi juicio, a la vista de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, el art. 38 C.E. únicamente posee un único contenido concreto: la proclamación del derecho fundamental de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, de forma que cualquier ciudadano puede emprender cualquier actividad, mientras ésta sea lícita. Como consecuencia de ello, el art. 38 C.E. no puede legitimar que los trabajadores que prestan sus servicios para la organización empresarial de la empresa usuaria se vean sometidos a limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que éstos poseen actualmente un valor central en el sistema jurídico²⁰³. La opción por una concepción contractualista del poder de dirección en las E.T.T. y el rechazo de las teorías comunitaristas de empresa implica, pues, un necesario equilibrio entre el poder del empresario y los derechos fundamentales del trabajador. Esta concepción es, a mi juicio, la más adecuada al orden económico instaurado por nuestra Constitución, al ser el que mejor cumple con las exigencias de libertad, justicia e igualdad que impone el sistema pluralista de sociedad que dimana de la proclamación de un Estado social y democrático de derecho. El modelo de economía social de mercado integra un sistema de competencia económica con el progreso social.

²⁰² (BOE 24-8-1984).

²⁰³ Vid. STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-85).

Se trata de un orden congruente con los derechos fundamentales asegurados al individuo constitucionalmente²⁰⁴.

Si se intentan trasladar las anteriores consideraciones a la regulación que lleva a cabo la L.E.T.T., podrá concluirse en que este tipo de empresas no favorecen en absoluto la consecución de las exigencias de libertad, justicia y eficacia que impone el sistema pluralista de sociedad que dimana de la proclamación de un Estado social y democrático de derecho, tal como habrá ocasión de analizar a través de las distintas relaciones que surgen entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria. Y aunque la legalización de este tipo de empresas no debería de haber supuesto ninguna alteración del necesario equilibrio entre la libertad de empresa establecida en el art. 38 C.E. y el progreso social consecuencia de la consagración en el art. 1 C.E. de un Estado social y democrático de derecho -en su función de paliar las desigualdades derivadas del libre juego de la competencia²⁰⁵-, el hecho es que la regulación legal no ha ido especialmente encaminada a lograr la efectiva igualdad de este tipo de trabajadores, pues en su lugar lo que se ha fomentado es los criterios economicistas y de mercado. Este tipo de regulación difícilmente puede favorecer la creación de E.T.T. destinadas a integrar en el mercado laboral aquellas personas que poseen especiales dificultades para acceder a éste²⁰⁶. La intervención privada en el ingreso a la empresa de los trabajadores no debería excluir necesariamente la colaboración pública en este mercado, pero, hasta el momento presente,

²⁰⁴ Este necesario equilibrio se pone de manifiesto por GARCÍA ECHEVARRÍA, S., “El orden económico en la Constitución”, *Libre Empresa*, nº8, 1978, pág. 54, al señalar que la economía social de mercado “resulta la más adecuada, por su capacidad de aunar la eficacia económica con la justicia social y por constituir el sistema que mejor aúna las libertades con la flexibilidad necesaria para dar respuesta a las nuevas necesidades y exigencias que plantea constantemente una sociedad dinámica”.

²⁰⁵ ROJO TORRECILLA, E., “Derecho del Trabajo y Constitución”, *Cuatro Semanas*, nº 14, 1994, pág. 8, ha señalado que “para que la reforma laboral sea respetuosa no sólo con la razón de ser histórica de las normas jurídico-laborales, sino también, y muy especialmente, con el texto constitucional, deberá no colisionar con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, recogida en el art. 1 de nuestra Carta Magna, y tender a la búsqueda de la igualdad real y no meramente formal, algo a lo que los poderes públicos quedan obligados por el art. 9.2”.

²⁰⁶ Algunas experiencias en el derecho comparado han discurrido en esta línea, como es el caso de la ETT holandesa START, cuya forma jurídica es la de fundación sin ánimo de lucro que desarrolla su actividad en estrecha colaboración con el servicio público de empleo con el objeto de integrar en el mercado laboral aquellas personas con especiales dificultades -parados de larga duración, trabajadores emigrantes, trabajadores con discapacidad, mujeres que quieren reintegrarse en el mercado laboral y trabajadores de edad madura-. Vid. ILDA BENVENUTI, M., “Disciplina e gestione del lavoro interinali nei Paesi Bassi”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1995, págs. 111 y ss.

nuestro país no ha tomado ejemplo de estas iniciativas, a pesar de que existiría, en mi opinión, un apoyo constitucional al respecto, ya que el art. 9.2. C.E. atribuye la misión a los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”²⁰⁷ y el art. 40.1 C.E. les asigna la función de realizar “una política orientada al pleno empleo”. En definitiva, esta actuación de la Administración para la remoción de los obstáculos que impidan la efectividad del principio de igualdad podría ser compatible con las premisas de la economía de mercado, puesto que la Constitución configura el modelo del Estado social y democrático de derecho con el objeto de asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas y facilitar la igualdad real y efectiva²⁰⁸.

1.2. El papel de la negociación colectiva en la limitación de los poderes empresariales en la empresa usuaria.

En el sistema de delimitación y jerarquización de las fuentes de la relación jurídica laboral establecido en el art. 3 E.T., se antepone a la voluntad de las partes las normas legales, reglamentarias y convencionales que intervienen en la regulación del contrato de trabajo. Así pues, dentro del sistema de fuentes, la negociación colectiva se configura como un instrumento delimitador de las condiciones de trabajo. Además, hay que tener presente que la negociación colectiva también cumple un importante papel dentro del conflicto de intereses que se suscita en el ámbito de las relaciones laborales, constituyendo el instrumento regulador de poder entre organizaciones en conflicto y sustrayendo al empresario el poder unilateral en la determinación de las mismas²⁰⁹.

²⁰⁷ APARICIO PÉREZ, M.A., “El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. (coord: CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J.), “Estudios sobre el Estado Social”, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 64, ha señalado -en relación al art. 9.2- que “parece razonable pensar que las obligaciones de hacer que el mandato constitucional comporta han de referirse principalmente a aquellas actividades en que se manifiesta la actividad promocional del Estado”.

²⁰⁸ En este sentido, señala GARRORENA MORALES, A., “El Estado español como Estado social y democrático de derecho”, op. cit. , págs. 78-79, que lo que sitúa al Estado social como un tipo distinto de Estado es que se reconoce a éste un papel rotundo y expansivo en la regulación del proceso económico, “protagonismo que es reflejo de esa convicción típica del Estado Social según la cual la economía ya no es un sistema espontáneo, perfecto y autorregulado, sino que necesita la constante tutela e intervención del Estado como regulador”.

Esta segunda función es la que interesa poner de relieve, al constituir un importante elemento de control del poder de dirección empresarial, impidiendo que el contrato de trabajo se pueda hacer servir como instrumento a través del cual se ejercite ilimitadamente dicho poder. De este modo, se delimita el alcance que ha de tener el poder de dirección empresarial dentro de cada una de las relaciones individuales de trabajo, interviniendo así la regulación convencional en el contenido del contrato de trabajo. La revalorización de esta función delimitadora cobra una especial importancia en el momento actual, en el que las últimas reformas normativas han demostrado la tendencia ascendente en favor de la individualización de las relaciones laborales, habiéndose producido un evidente retroceso de la negociación colectiva en el establecimiento de las condiciones del contrato y, paralelamente, una intensificación del contrato de trabajo en la fijación de dichas condiciones²¹⁰. Dentro de este contexto de flexibilización se sitúan las E.T.T., cuya legalización por la L.E.T.T. se enmarca, como otro más de los instrumentos propios de la descentralización productiva, dentro de una tendencia al ahorro de costes económicos a través de la adecuación de las plantillas a unas dimensiones óptimas desde el punto de vista organizativo, logrando así una mayor flexibilidad en el uso de la mano de obra, una mayor facilidad de adaptación a los cambios en la demanda, un incremento de la celeridad en la realización de ciertas labores y servicios y la posibilidad de una mayor especialización profesional por parte de las empresas usuarias²¹¹.

Ante esta evolución de la normativa laboral, resulta de interés resaltar la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no puede negarse la incidencia del convenio colectivo en el ámbito de los derechos individuales de los trabajadores, puesto que lo

²⁰⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 202 y ss.

²¹⁰ VELDKAMP, G, y RAETSEN, G., “Las empresas de trabajo temporal y la legislación social en Europa Occidental”, Revista Internacional del Trabajo, 1973, pág. 143, destaca el papel del convenio colectivo en el ámbito de los países de la Unión europea como medio para asegurar una protección adicional de los trabajadores contratados por E.T.T. A modo de ejemplo, cita el acuerdo celebrado en Francia entre la E.T.T. MANPOWER y la Confederación General del Trabajo el 9 de octubre de 1969.

²¹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, op. cit., pág. 115.

contrario supondría contradecir el propio significado del convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual. En este sentido, la STC 105/1992, de 1 de julio²¹², señala que, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 C.E. Esta prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual resulta acorde a un sistema democrático de relaciones laborales en el que la delimitación colectiva del poder de dirección constituye la expresión de una concepción del poder directivo integrada en un sistema participativo de relaciones laborales. Así, destaca OJEDA AVILÉS que “la cultura jurídica europea, en la que se incluye la española, no considera aceptable que un empresario se vincule a un instrumento colectivo, directamente o a través de su asociación, y acto seguido resuelva o estipule con cada trabajador condiciones inferiores en un comportamiento contrario a la buena fe”²¹³. La existencia de fuentes de diverso origen en el ordenamiento laboral hace surgir el problema de la solución de los diferentes conflictos en la aplicación de las mismas. En el supuesto que nos ocupa, el art. 3 E.T. establece, como se ha visto anteriormente, la prioridad del convenio colectivo en la jerarquía normativa laboral. Ahora bien, no solamente es posible el recurso a dicho criterio para justificar la preferencia del convenio colectivo en la regulación de las condiciones laborales y en su correlativa función de limitación de los poderes empresariales. El art. 37.1 C.E. constituye el fundamento constitucional del derecho a la negociación colectiva, de manera que ésta suponga el instrumento a través del cual las partes puedan conciliar sus intereses contrapuestos, transformando las pretensiones sociales preexistentes en resultados concretos y satisfactorios²¹⁴.

²¹² (BOE 24-7-92).

²¹³ OJEDA AVILÉS, A., “Contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y nuevo art. 41.4 ET”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1995, pág. 85.

²¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El papel de la ley en y tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los protagonistas de las

En el ámbito de las E.T.T., nos encontramos con el inconveniente añadido de la existencia de dos empresas, cada una de ellas con su ámbito negociador correspondiente, por lo que resulta altamente dificultoso que el convenio colectivo de la E.T.T. pueda influir en las condiciones laborales y en el modo de ejecución de la prestación laboral que ha de desempeñar el trabajador en el ámbito de la empresa usuaria. Sin embargo, bajo una concepción restrictiva del poder de dirección empresarial, lo que sí es defendible es que todas aquellas cuestiones que escapan al concreto poder de especificación y concreción de la prestación de trabajo, son materias que no pueden incluirse dentro del contenido del poder directivo susceptible de ser ejercitado por la empresa usuaria. De esta forma, todos los aspectos relativos a la movilidad geográfica, funcional y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo constituirán materias objeto de negociación por parte de los convenios colectivos de las E.T.T., y que pueden influir en la configuración de las condiciones laborales del trabajador puesto a disposición a pesar de que éste desempeñe sus servicios en el ámbito de la empresa usuaria. Así pues, en los convenios colectivos de las E.T.T. podrían establecerse condiciones indisponibles por parte de la autonomía individual, que sólo tienen sentido desde una dimensión colectiva porque su virtualidad depende de una aplicación uniforme a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, satisfaciendo este tipo de cláusulas el interés colectivo de los trabajadores puestos a disposición, al determinar el marco de las condiciones laborales en la que están inmersos en su conjunto. No hay que olvidar que la situación fáctica -esto es, el contexto económico-social- sobre la que se desarrolla la negociación colectiva es una situación peculiar que presenta importantes diferencias con respecto al resto de trabajadores, desde la rotación de plantillas que se suscita en este tipo de empresas,

relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1995, pág. 24, ha señalado que “el art. 37.1 C.E. no sólo garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sino que impone la eficacia de los mismos a través del predominio del momento colectivo sobre el momento individual, de la autonomía colectiva sobre la autonomía contractual de las partes del contrato de trabajo”.

pasando por la práctica inexistencia de implantación sindical en el sector o la escasa extensión de órganos representativos de los trabajadores contratados por las E.T.T.²¹⁵.

La empresa usuaria vería, de este modo, limitado el poder de dirección a través de la negociación de condiciones que velan por el interés genérico de los trabajadores como grupo, sin que pueda procederse a la modificación de dichas condiciones por el mero hecho de que el trabajador esté integrado en el ámbito organizativo y productivo de ésta. La negociación colectiva no puede pretender dar satisfacción a todas y cada una de las aspiraciones particulares, sino que ha de valorar colectivamente las necesidades de todo el conjunto de trabajadores, siguiendo una estrategia colectiva que pueda representar la voluntad colectiva de los mismos. Hay que tener en cuenta que, desde los orígenes del Derecho del Trabajo, se replantea la función reguladora del contrato individual y de la autonomía de la voluntad, pasando ésta a un plano secundario y concediéndose una especial relevancia a la negociación colectiva²¹⁶. Se parte del reconocimiento de la falta del poder contractual²¹⁷ del trabajador, consecuencia de la situación de debilidad que ocupa con respecto al empresario, y se hace necesario el paso de la autonomía a la heteronomía, de lo individual a lo colectivo.

La prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual supone el reconocimiento de un logro histórico en virtud del cual se legitima el poder social de los trabajadores para imponer colectivamente a los empresarios determinados límites a la determinación unilateral de las condiciones laborales de sus trabajadores, en vista de la inferioridad de condiciones en que éstos se encontraban en relación con los empresarios

²¹⁵ BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 173-174.

²¹⁶ KAHN-FREUND, O., “Il lavoro e la legge”, (Traduzione di ZANGARI, G.), Giuffrè, Milano, 1974, pág. 5.

²¹⁷ Tal como pone de manifiesto RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales”, Relaciones Laborales, T.II, 1991, pág. 47, “se crean instrumentos para articular desde el lado del trabajo un poder social (...), reapareciendo la autonomía pero en un sentido cuantitativa y cualitativamente distinto, como autonomía colectiva, en la que la aportación del individuo sirve para crear ese poder, precisamente mediante la pérdida de individualidad”.

a la hora de concertar el contrato individual de trabajo. Así pues, la negociación colectiva no surge como un derivado de la autonomía contractual, sino en abierta oposición a ella, por lo que no es posible poder trasladar plenamente los esquemas contractualistas a las relaciones colectivas, sin más especificidades que la que viene dada por el carácter colectivo -en vez de individual- de los sujetos que negocian²¹⁸. La consideración de la autonomía colectiva como una norma heterónoma que limita la autonomía individual -y no como una derivación contractual en la que únicamente cambian los sujetos-, permite la compatibilidad de una opción contractualista en el ámbito de las E.T.T. -en la que el contrato se configura como limitador de los poderes empresariales- con la también función limitadora del convenio colectivo en relación al contrato de trabajo, el cual, por su carácter de norma heterónoma, se impone desde fuera a la voluntad de los contratantes individuales²¹⁹. Tal como el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto, los convenios colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y de los empresarios en el art. 37 C.E., constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida una fuerza vinculante que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad²²⁰.

Así pues, la elección de la tesis contractualista en el ámbito de las E.T.T. no ha de identificarse con una opción por la prevalencia de la voluntad individual sobre la voluntad colectiva, pues ello supondría legitimar el individualismo en perjuicio de la

²¹⁸ En este sentido, vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en AA.VV. (coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R. y DEL REY GUANTER, S.), “La reforma de la negociación colectiva”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 56, para quien “la autonomía colectiva no es (...) una especie del género autonomía contractual de la que se benefician ambas partes -trabajadores y empresarios- y que se enfrenta dialécticamente a la normativa estatal. La autonomía colectiva es, en puridad, heteronomía colectiva que, de consuno con la heteronomía estatal, limita la autonomía individual, ante todo de los empresarios (...) y sólo metafóricamente la de los trabajadores”.

²¹⁹ Esta compatibilidad es defendible si se tiene en cuenta, tal como ponen de manifiesto DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 375, que “la autonomía privada no es una regla de carácter absoluto. Otorgar carácter absoluto a la autonomía privada sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual. El problema de la autonomía privada es un problema de límites. (...) La cuestión radica por ello en el señalamiento de los límites, de tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía”.

organización colectiva del conjunto de trabajadores. La recuperación de la función limitativa del contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador dentro del esquema de los poderes organizativos empresariales no ha de representar ningún obstáculo en relación al papel del convenio colectivo de ésta como fuente reguladora de las condiciones laborales y en favor a la intermediación necesaria de los sujetos colectivos en este ámbito. El reforzamiento del papel del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador no ha de entenderse como una vía de acercamiento a formas más flexibles de organización empresarial o de individualización de las relaciones laborales²²¹ -como luego habrá ocasión de analizar-, sino que, por el contrario, en este tipo de empresas es precisamente donde el fortalecimiento de lo colectivo frente a lo individual puede constituir el mecanismo más apropiado para poder impedir la dispersión de los poderes empresariales que propicia esta nueva forma de descentralización productiva que representan la figura de las E.T.T..

Tal y como está configurada legalmente, la bifurcación de poderes entre la E.T.T. y la usuaria, y más concretamente la atribución del poder de dirección a esta última, supone, la apertura a vías atípicas más flexibles y más propicias a la vulneración de las condiciones laborales en las que se ven inmersos los trabajadores puestos a disposición por la vía de la autonomía individual. De ahí que la limitación de poderes empresariales que se deriva de la negociación colectiva sea necesaria para neutralizar la posible ampliación de las facultades organizativas que vienen atribuidas por la ley a la empresa usuaria. Por ello, no resultaría coherente justificar una postura favorable a la individualización de las condiciones de trabajo de los trabajadores puestos a disposición en base a una ampliación del ámbito de decisión de estos trabajadores, puesto que precisamente es este colectivo, uno de los más necesitados de la actuación colectiva. El

²²⁰ STC 151/1994, de 23 de mayo (BOE 25-6-94).

²²¹ CASAS BAAMONDE, M^a. E., “La individualización de las relaciones laborales”, Relaciones Laborales, T.I, 1991, pág. 418; D’ANTONA, M., “La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, T. II, 1991, pág. 285; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, Relaciones Laborales, T. II, 1989, pág. 265; BLASCO PELLICER, A., “La individualización de las relaciones laborales”, op. cit., pág. 41; OJEDA AVILÉS, A., “Autonomía colectiva y autonomía individual”, Relaciones Laborales, T.II, 1991, pág. 334.

contrato de trabajo resulta insuficiente a la hora de valorar los intereses no patrimoniales del trabajador, puesto que la defensa de sus posiciones personales no tiene cabida en el simple esquema del contrato de cambio, siendo necesario el reforzamiento de las cláusulas generales de interpretación y de los añadidos normativos que se traducen en una imposición legal que modaliza y adecua el interés no económico o el ejercicio de un derecho público en la relación de trabajo²²².

En los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T. se da la coincidencia de dos elementos que influyen negativamente en la precariedad a la que está sujeto este colectivo: a la cualidad de trabajador temporal hay que añadir la especialidad en las condiciones laborales que se derivan de la relación trilateral. La legalización de las E.T.T., dentro de la proliferación de los fenómenos de descentralización productiva, supone la consolidación de un particular modelo organizativo y un método de gestión empresarial más flexible de los recursos humanos, en el que, como se ha visto con anterioridad, prevalecen las necesidades de la empresa usuaria, en perjuicio de una cada vez mayor desestructuración de los trabajadores temporales como colectivo. A ello hay que unir el hecho de la incuestionable eventualidad de los trabajadores contratados por las E.T.T., lo que conlleva notables dificultades a la hora de la constitución de los órganos representativos estables de los mismos. De ahí que en este tipo de empresas resulte más necesaria todavía, si cabe, la posibilidad de facilitar el cauce de la negociación colectiva, debido a las dificultades expuestas anteriormente. Así se ha plasmado en la L.E.T.T., en cuyo art. 13 se establece que “en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la comisión negociadora cuando de ella formen parte tales organizaciones”. A través de este precepto se pretende facilitar la negociación colectiva a nivel de empresa, por la vía del principio de irradiación del sindicato más representativo en el momento en que se procede a la legitimación inicial básica o

²²² BAYLOS GRAU, A., “Derecho del Trabajo: modelo para armar”, op. cit., pág. 77.

interviniente para negociar convenios colectivos, en el supuesto de que no existan órganos representativos de los trabajadores en la E.T.T..

Por todo lo dicho anteriormente, considero que resulta necesario compatibilizar la revalorización de la teoría contractualista de los poderes empresariales en el ámbito de las E.T.T. -desde el punto de vista del papel limitador que el contrato de trabajo cumple- con el mantenimiento de la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre los derechos e intereses individuales de estos trabajadores, de forma que las condiciones pactadas en las normas colectivas constituyan el marco a partir del cual se ejerza la autonomía individual. En apoyo de esta argumentación, resulta paradigmática la STC 58/1985, de 30 de abril²²³, que resalta el papel de la negociación colectiva en la satisfacción de los intereses individuales, como no podría ser de otra forma en el sistema español de relaciones laborales, asentado sobre el pluralismo social²²⁴, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. El Tribunal Constitucional pone de manifiesto la posibilidad de que las condiciones pactadas a través de la negociación colectiva puedan convivir pacíficamente con los ámbitos de libertad personal y de la autonomía de la voluntad. Es más, según la sentencia citada, la satisfacción de los intereses individuales a través de la negociación colectiva no sólo afianza los ámbitos de libertad personal, sino que actúa como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuye de una forma decisiva tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general²²⁵.

²²³ (BOE 5-6-85).

²²⁴ Para BAYLOS GRAU, A., "Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo", op. cit., pág. 19, "desde una concepción de pluralismo social presente en este nuevo constitucionalismo, se construye una relación de cooperación entre éstos (los poderes públicos) y los grupos sociales que representan a los ciudadanos desiguales y que se hallan tendencialmente dirigidos a la consecución de tratamientos igualitarios para los mismos".

²²⁵ Conviene recordar las dos funciones principales del convenio colectivo según KAHN-FREUND, O., "Trabajo y Derecho", op. cit., pág. 219, para quien el convenio colectivo es "un tratado de paz laboral y al mismo tiempo fuente de regulación de términos y condiciones de contratación laboral, distribución del trabajo y estabilidad en el empleo. Sus dos funciones expresan las principales expectativas de ambas partes y es mediante la armonización de tales expectativas como un sistema de relaciones laborales puede llegar a establecer ese equilibrio de fuerzas que constituye uno de sus principales objetivos". SINZHEIMER, H., "Crisis económica y Derecho del Trabajo", op. cit., señala que "la vida social no debe

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no siempre ha mantenido la doctrina expresada en la STC 58/1985, de 30 de abril. Por el contrario, en la STC 208/1993, de 28 de junio²²⁶, ha señalado que la negociación colectiva no puede suponer negar la virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 C.E., y como consecuencia de ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión en la misma, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo. Del mismo modo, subraya el Tribunal Constitucional que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, ya que ésta supone la necesaria garantía de la libertad personal, que ha de contar con un margen de actuación incluso aun en aquellos supuestos en los que las exigencias de índole económica, técnica o productiva de la empresa reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes. En la STC 208/1993, el Tribunal Constitucional justifica la legitimidad de la actuación de la autonomía privada remitiéndose, en este punto, a la STC 58/1985, de 30 de abril²²⁷. Sin embargo, no hay que olvidar que en esta última el argumento principal se centraba no sobre la primacía de la autonomía individual sobre la colectiva, sino al contrario, es decir, sobre la capacidad de incidencia del convenio colectivo en el terreno de los intereses individuales, puesto que negar dicha incidencia “equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo (STC 58/1985)”. Por ello, puede decirse que en la STC 208/1993 se produce la paradoja de recurrir a las argumentaciones de la STC 58/1985 en la que, al contrario de lo que sucede que en la primera de las sentencias citadas, lo que se hace es resaltar el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los trabajadores aisladamente considerados²²⁸.

ser una suma de explosiones, sino un razonable acontecer. Para que esto suceda, el Derecho debe colocar la voluntad individual al servicio de una voluntad colectiva”.

²²⁶ (BOE 2-8-93).

²²⁷ (BOE 5-6-85).

²²⁸ La contradicción en la que incurre la STC 208/1993 se acentúa todavía más si pensamos que -como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad- en la STC 58/1985 el Tribunal Constitucional resalta la importancia de la satisfacción de los intereses de los trabajadores a través de la negociación colectiva, ya que a través de la vía colectiva se pueden asegurar los intereses individuales, contribuyendo

Entre los argumentos alegados en la STC 208/1993 destaca que las medidas tomadas por la empresa no han supuesto modificación, vulneración o alteración de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable por ser una materia no regulada por el convenio colectivo²²⁹. Se vuelve así a la antigua doctrina del Tribunal Central de Trabajo en la que se permitía el recurso a pactos individuales en masa como instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de la empresa, con el único límite de que ello no supusiese un perjuicio o condiciones menos favorables para los trabajadores que las establecidas en el convenio colectivo²³⁰. Esta tendencia a utilizar la autonomía individual en masa incrementa los riesgos de precarización en las condiciones laborales a los que ya están expuestos los trabajadores de las E.T.T. como consecuencia de las especiales circunstancias que rodean la prestación de servicios de éstos.

Así pues, la autonomía individual utilizada “en masa” puede llevar a que, bien la E.T.T. por voluntad propia o bien como consecuencia de las exigencias que provengan de las razones organizativas o productivas de la empresa usuaria, consiga imponer a los trabajadores puestos a disposición determinadas condiciones laborales que no podrían obtener a través de la negociación colectiva, sustituyendo la voluntad de las partes colectivas y actuando de forma aislada con cada uno de los trabajadores, lo cual no va a resultar demasiado difícil si tenemos en cuenta la posición de debilidad añadida que padece este colectivo. La E.T.T. puede aprovechar de esta forma, la disgregación a nivel colectivo de este tipo de trabajadores, sin que intente ni siquiera la negociación con los sindicatos y con los representantes de los trabajadores, y obstaculizando así el papel que

decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general. Por el contrario, en virtud de la STC 208/1993, se opta por la ampliación de la vía individual, incrementando el espacio de autodeterminación y de autodecisión del trabajador que permita a éste llevar a cabo sus pretensiones individuales, a través del reforzamiento de la autonomía individual, en perjuicio del papel que la autonomía colectiva debe ocupar en este ámbito.

²²⁹ Según dicha sentencia, estamos ante un supuesto de gratificaciones adicionales a las previstas en la normativa colectiva, no contrarias a éstas y que, por ello, operan en un espacio libre de regulación legal o contractual colectiva, y, por ello, abierto al ejercicio de la libertad de empresa y de la autonomía contractual.

²³⁰ Es paradigmática de esta tendencia la STCT de 7 de marzo de 1988.

a los mismos les atribuye y asegura la Constitución y que ha intentado facilitar la L.E.T.T. a través de la ampliación de la legitimación inicial a los sindicatos más representativos, precisamente para que este tipo de trabajadores pueda ver materializada la negociación colectiva a nivel de empresa en aquellos supuestos en los que la E.T.T. carezca de órganos representativos de los trabajadores²³¹. Tal como ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando éstas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular la negociación colectiva²³².

En la STC 208/1993, el establecimiento de la medida empresarial a través del juego de la autonomía individual en masa -en lugar de negociar ésta con los legítimos representantes de los trabajadores- encubriría la intención empresarial de evitar la negociación colectiva por resultar ello más favorable a sus pretensiones, siendo consciente de que, si éstas se hubiesen negociado a través de un procedimiento colectivo con los representantes de los trabajadores, las exigencias por parte de éstos podrían haber sido mucho mayores y la compensación solicitada a cambio mucho más elevada. En la STC 208/1993, la oferta llevada a cabo por la empresa a través de la autonomía individual en masa, excede las facultades de dirección de ésta, que además no habría llevado a cabo el procedimiento previsto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 E.T. Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional no llegase a la conclusión de que se trataba de una materia que debía ser negociada a través del convenio colectivo, sí que, a mi juicio, debía haber tomado en cuenta la posibilidad de que las medidas podrían suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debía haber seguido el procedimiento previsto en el art. 41 E.T. Sin

²³¹ Así, en opinión de CASAS BAAMONDE, M^a. E., “La individualización de las relaciones laborales”, op. cit., pág. 418, “el gobierno de los procesos productivos por el empresario a través de la autonomía privada, con su máxima capacidad individualizadora, excluiría el concurso de los sujetos sindicales y de su función primera -en la concepción tradicional de éstos como agentes de contratación, evitadores de la competencia entre los propios trabajadores- de reglamentación común o uniforme de las condiciones de trabajo”.

²³² Tal como destaca GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, op. cit., pág. 265 a 267. A modo de ejemplo, vid, el Informe 217, caso 1022, párr. 387.

embargo, como ya se ha advertido anteriormente, la STC 208/1993 no estima que la conducta de la empresa atente al derecho a la negociación colectiva porque las medidas tomadas por ésta no han supuesto una alteración del convenio por no constituir una materia regulada en el mismo y, por tanto, “la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone (...) un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión”, sin ni siquiera entrar a valorar el encuadramiento de dichas medidas dentro de un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo²³³.

En conclusión, la STC 208/1993 ha optado por atribuir un mayor protagonismo al contrato de trabajo y a la autonomía de la voluntad, lo que indudablemente puede tener consecuencias negativas en el ámbito de las E.T.T. debido a la especial situación de debilidad de los trabajadores puestos a disposición. De esta forma, a través de esta práctica de la autonomía individual en masa, se corre el riesgo de una mayor suplantación de la labor de los sindicatos y de la negociación colectiva, puesto que si el empresario de trabajo temporal eludiese negociar con los representantes de los trabajadores las modificaciones contractuales que pretendiera introducir, estaría obstaculizando que los sindicatos asumiesen sus funciones de defensa de los intereses

²³³ A través de este razonamiento, puede apreciarse, a mi juicio, la aceptación, por parte del Tribunal Constitucional, de una mayor maniobrabilidad del poder directivo empresarial, primándose la razón organizativa de la empresa en perjuicio de la potenciación de la autonomía colectiva, por lo que podría afirmarse que esta sentencia se confirma la tendencia que hacia las tesis comunitaristas viene experimentando nuestro ordenamiento laboral. Ahora bien, la argumentación dada por el Tribunal Constitucional elude el hecho de que las medidas de la empresa constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, habiendo omitido ésta el procedimiento de consultas con los representantes legales de los trabajadores. No se trata de modificaciones de carácter individual por ser éstas las que disfrutaban los trabajadores a título individual, sino que se trataba de una modificación colectiva en función de una razón productiva general concerniente al interés empresarial de dar respuesta a la mayor demanda de servicio telefónico y una mayor satisfacción de las exigencias de los usuarios de dicho servicio. Las medidas no se dirigían a un concreto trabajador o a varios trabajadores aisladamente considerados, sino al colectivo de trabajadores en su conjunto, con el objeto de mejorar el servicio telefónico a través de la disponibilidad del personal al servicio de la empresa, tal y como lo demuestra la denominación de las medidas adoptadas por Telefónica, esto es, “medidas internas de gestión dotación de recursos extraordinarios”. Por ello, tratándose de una delimitación de los poderes empresariales en virtud de una modificación de carácter colectivo que afecta al conjunto de trabajadores de la empresa, el único cauce oportuno es, a mi juicio, el cauce colectivo, a menos que se pretenda reconducir al ámbito de decisión estrictamente empresarial este tipo de modificaciones que afectan al interés del conjunto de los trabajadores de la plantilla.

de los trabajadores, con la correlativa lesión del derecho de libertad sindical que ello supondría(art. 28.1 C.E.). No hay que olvidar que la actuación colectiva de los trabajadores y de las instituciones creadas para hacerla posible constituyen la manifestación más enérgica de que el trabajo es realmente un trabajo libre, en cuanto a través de ellas la libertad se ha proporcionado a sí misma un cuadro institucional para su conservación y para su ejercicio eficaz²³⁴.

2. La empresa de trabajo temporal como empresario contratante: el empresario desde una perspectiva contractualista.

Si se analiza la condición de empresario desde una perspectiva contractualista²³⁵, se pone de manifiesto que el empresario formal del trabajador es la E.T.T., a pesar de que el trabajador preste sus servicios para la empresa usuaria. En este sentido, según el art. 1 L.E.T.T., se entiende por E.T.T. “aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados” y el art. 10 L.E.T.T. señala que el contrato de trabajo se celebra entre la E.T.T. y el trabajador para prestar éste sus servicios en la empresa usuaria. Las E.T.T. actúan -dentro de la estructura triangular constituida entre la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador- como empresario formal del trabajador puesto a disposición. La tesis contractualista también ha sido acogida por la normativa comunitaria, estableciendo el art. 1.2 de la Directiva 91/383/CEE que dicha norma será de aplicación a “toda relación laboral entre una E.T.T., *que es el empresario*, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimientos usuarios”. Así pues, si se analiza el concepto de empresario desde el punto de vista del derecho comunitario, podría afirmarse que el empresario del trabajador puesto a disposición es la E.T.T., y, a partir de esta asignación de la cualidad de empleador, se organiza el reparto de obligaciones y responsabilidades entre ambas empresas.

²³⁴ ALONSO OLEA, M., “Introducción al Derecho del Trabajo”, Quinta Edición, Civitas, Madrid, 1994, pág. 92. También añade que “la actuación colectiva de los trabajadores contribuye a “la restauración de un mínimo de igualdad con los empresarios, sin la cual las relaciones contractuales, incluidas las de trabajo, son imposibles, pereciendo con ellas la libertad y el contrato como su modo de articulación”.

Estamos, pues, en presencia de una relación laboral, que surge como consecuencia del contrato de trabajo que se lleva a cabo entre la E.T.T. y el trabajador, regulándose en el capítulo III de la L.E.T.T. -concretamente en los arts. 10 al 14 de dicha norma-, bajo el título de “relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal”. En este sentido, el art. 12 de la misma Ley establece que “corresponde a la empresa de trabajo temporal el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria”, como dato determinante para asignar la condición de empresario a la E.T.T.. La existencia de esta relación laboral hace que la actividad de la E.T.T. no pueda equipararse con la que desempeñan las agencias de colocación, puesto que el empresario de trabajo temporal no se limita simplemente a poner en contacto al trabajador con la empresa usuaria, esto es, no desaparece del plano jurídico tras haber finalizado la actividad mediadora. Por el contrario, la actividad podría ser calificada como una actividad de cesión temporal, manteniendo la E.T.T. la titularidad jurídico-formal en la relación de trabajo²³⁶.

2.1. Análisis de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo en las empresas de trabajo temporal.

La doctrina²³⁷ ha señalado dos posibles planos de análisis del trabajo objeto del ordenamiento jurídico laboral: un plano jurídico, donde se sitúan los elementos diferenciadores del contrato de trabajo (análisis del tipo legal del contrato de trabajo) y el plano fáctico, que se centra en los problemas de calificación de los diferentes supuestos posibles en la realidad (sistema de indicios o presunciones). Dentro del plano

²³⁵ PÉREZ AMORÓS, F., “El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo Español”, Revista de Política Social, nº 31, 1982, pág. 102.

²³⁶ Circunstancia que lleva a PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La ruptura del monopolio público de colocación y el ingreso al trabajo: supresión de la obligación de contratar a través de las oficinas públicas de empleo”, op. cit., pág. 27, a afirmar que la actividad de la E.T.T. es un supuesto propio de interposición en la posición jurídica del empleador, puesto que encubre al titular material y efectivo de la misma -la empresa usuaria-.

²³⁷ SALA FRANCO, T., y LÓPEZ MORA, F., “Contrato de trabajo”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1990, pág. 3 y 4.

jurídico, la relación individual de trabajo se juridifica en función del contrato de trabajo, por lo que nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla únicamente, a los efectos de su regulación, aquellas relaciones laborales que nacen de un contrato, optando así por la tesis contractualista²³⁸. En el contrato de trabajo se dan dos centros de intereses, lo cual supone la existencia de dos sujetos titulares de dichos intereses contrapuestos, el trabajador y el empresario. El contrato de trabajo se configura así como un contrato cambiario y no como un contrato asociativo, en el que cada una de las prestaciones es para cada una de las partes la causa del contrato (sinalagma genético) y cada una de las prestaciones funciona como contraprestación de la otra parte (sinalagma funcional). Es por ello que la atribución de la cualidad de empresario a la E.T.T. por parte de la L.E.T.T. resulta acorde con la adopción de una posición contractualista de los poderes empresariales, perspectiva que será analizada más adelante.

A la hora de analizar la cualidad de empresario en el ámbito de las E.T.T., será necesario partir del concepto de trabajador, e ir comprobando si se dan los distintos presupuestos sustantivos del contrato de trabajo, ya que la condición de empresario viene dada de una forma “refleja”, en función de si el trabajador presta sus servicios por cuenta ajena²³⁹. Este es el concepto de empresario más coherente con la perspectiva contractualista por la que se ha optado, ya que toma en consideración la relación contractual establecida entre ambas partes para definir lo que se entiende por empresario, aunque existan otros, como por ejemplo el concepto de empresa objeto de transmisión del art. 44 E.T., cuya configuración como unidad de organización y dirección del trabajo asalariado apta para el desarrollo de una actividad productiva independiente, ampliaría notablemente el ámbito subjetivo del concepto²⁴⁰. Ahora bien,

²³⁸ PÉREZ AMORÓS, F., “El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 84.

²³⁹ CAMPS RUIZ, L.M., “El concepto laboral de empresario”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), op. cit., págs. 37-38. Para DE LA VILLA GIL, L.E., “En torno al concepto del Derecho español del Trabajo”, Revista de Trabajo, nº 41-42, 1973, pág. 379, “el concepto de empleador es totalmente traslativo y derivado del primero -el concepto de trabajador”.

²⁴⁰ Ampliación que se pone de manifiesto en el sentido de que lo transferido comprenda los elementos necesarios y suficientes para continuar la actividad empresarial (según art. 51.11 E.T.), tal como señala MONEREO PÉREZ, J.L., “La transmisión de empresa: el problema de la identificación jurídica del concepto de empresa a efectos de la normativa laboral reguladora de la transmisión de empresas”, en

la empresa, desde el punto de vista contractualista, exige ineludiblemente el empleo de la fuerza de trabajo ajena, siendo el título jurídico para el logro de tal fuerza el contrato de trabajo²⁴¹. Partiendo de esta posición contractualista, va a analizarse si es posible predicar de la E.T.T. la cualidad de empresario, desde la perspectiva de su consideración como sujeto del contrato de trabajo, y desde el estudio de los distintos presupuestos sustantivos del mismo.

2.1.1. Voluntariedad.

La voluntariedad del trabajo, como presupuesto sustantivo de la relación laboral individual, es al mismo tiempo característica esencial de cualquier relación jurídica contractual (art. 1261 C.C.), a través de la cual ambas partes se comprometen a realizar sus prestaciones respectivas. El contrato existe desde que “una o varias personas consienten en obligarse respecto de otro u otros a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (art. 1254 C.C.), por lo que la voluntariedad ha de estar presente tanto en el momento inicial de la relación contractual, cuanto una vez establecida ésta²⁴². En el contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, éste se compromete a llevar a cabo su prestación de servicios de una forma voluntaria, lo cual queda materializado a través del contrato llevado a cabo entre ambas partes contratantes. A la hora de concluir a favor de la existencia de este presupuesto de la voluntariedad, resulta indiferente que la prestación de servicios se lleve a cabo efectivamente en la empresa usuaria. La voluntariedad del trabajador en el momento de celebrar el contrato de trabajo resulta así independiente de la empresa donde el trabajador desempeñe sus servicios. Por ello, puede concluirse que en el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador queda así puesto de manifiesto este presupuesto sustantivo de la voluntariedad intrínseco a toda relación jurídico laboral.

2.1.2. Dependencia.

AA.VV.(dir: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, *Ibidem*, Madrid, 1997, pág. 227.

²⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Empresa y contrato de trabajo”, *op. cit.*, pág. 42.

Otro de los presupuestos sustantivos que debe ser objeto de análisis es la dependencia. A la hora de estudiar dicho concepto en el ámbito de las E.T.T., hay que tener presente las distintas concepciones que se han elaborado por la doctrina, con el objeto de poder llegar a una conclusión sobre la concurrencia de este presupuesto con respecto a la E.T.T. Según ALARCÓN CARACUEL²⁴³, por dependencia debe entenderse el sometimiento del trabajador a una facultad empresarial consistente en “el permanente poder de especificación del objeto del contrato”, es decir, en la posibilidad de determinar continuamente la forma en que el trabajo se ha de llevar a cabo para alcanzar los objetivos empresariales. Si partimos de este concepto, podría resultar difícil llegar a la conclusión de que existe dependencia en el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición, ya que este poder de especificación puede entenderse incluido dentro de la atribución de las facultades de dirección y control de la actividad laboral por parte de la empresa usuaria (art. 15 L.E.T.T.).

Otra de las formas de entender la dependencia es, en opinión de DE LA VILLA GIL, la inserción dentro del círculo rector, organicista del empresario. La consecuencia jurídica de la misma estriba en que el trabajador, cuando se incorpora a la empresa, queda sometido al poder directivo del empleador, de tal forma que la energía del trabajo es dirigida por éste según las necesidades de la empresa²⁴⁴. Desde esta perspectiva, la dependencia se refuerza en cuanto concepto que implica la *incorporación* del trabajador en aras al buen fin de la empresa²⁴⁵. Si se toma como premisa este concepto de dependencia, tampoco resultará fácil poder justificar la condición de empleador de la E.T.T., al menos en la medida de que es la empresa usuaria la que ejerce las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo que dure la prestación de servicios en su ámbito (art. 15.1 L.E.T.T.). Bajo esta concepción de la dependencia,

²⁴² GARCÍA NINET, J.I., y MORRO LÓPEZ, J., “Prestaciones personales obligatorias”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1990, pág. 96.

²⁴³ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 28, 1986, págs. 524.

²⁴⁴ DE LA VILLA GIL, L.E., “Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español”, Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, nº1 al 4, 1971, pág. 9.

sería precisamente la empresa usuaria la que ostentaría la condición de empresario del trabajador puesto a disposición, debiendo hacerse cargo de aquellos deberes complementarios tipificados en el ordenamiento jurídico como dimanantes de esta incorporación a la empresa, siendo el más esencial el deber de seguridad a cargo del empresario. Y es precisamente este deber el que corre a cargo de la empresa usuaria, como responsable que es en materia de protección de la seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones en materia de seguridad social, según lo dispuesto en el art. 16 L.E.T.T..

La concepción de dependencia que mantiene RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER²⁴⁶ también plantea algunos problemas cuando se traslada al trabajador y la E.T.T., ya que dicho autor mantiene una noción de dependencia similar a la expuesta anteriormente, en la que se destacan los vínculos personalistas de la relación laboral. Para el autor citado, la dependencia constituye el criterio definitorio del contrato de trabajo, de forma que el trabajador “se ordena bajo el poder directivo del empleador no sólo porque éste regula el trabajo a través de órdenes y directrices, sino ya sólo porque el trabajador se pone a disposición de otra persona. Más exactamente pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquél”. En función de esta puesta a disposición, se deriva la disponibilidad por el empleador de la fuerza del trabajo del trabajador, y, como consecuencia de lo anterior, del dominio sobre la persona del mismo. Esta vinculación personal constituye la característica de trabajador dependiente, y no autónomo. La disponibilidad por parte del empresario de la fuerza de trabajo se traduce en la incorporación del trabajador en la organización empresarial del empleador, “realizando en la misma su función dentro de la estructura jerárquica de la empresa”²⁴⁷. Este concepto de dependencia se ha de poner en relación con el poder de dirección del empresario, consecuencia de la especificación de la prestación laboral a través de las órdenes e instrucciones por parte de aquél, de forma que, al dirigir la

²⁴⁵ PÉREZ BOTIJA, E., “El contrato de trabajo”, Madrid, 1945, pág. 11.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo”, Revista de Política Social, nº 71, 1966, pág. 158.

fuerza de trabajo, éste exterioriza un poder sobre el trabajador que constituye la manifestación fundamental de la subordinación. De ahí que se pretenda destacar la configuración de la dependencia como una vinculación personal del trabajador y del empleador a través de la prestación de trabajo, poniendo un especial énfasis en este marcado carácter de colaboración entre ambos sujetos, y resaltándose así el “aspecto personalista” de la relación de trabajo.

Ahora bien, también se ha señalado que el concepto de dependencia no exige la absoluta presencia de sus formas tradicionales de exteriorización, de tal forma que la ausencia de indicios de dependencia no debe llevar automáticamente a la conclusión de la inexistencia de relación laboral. Esto ocurre en aquellas relaciones laborales en las que se da un alto grado de autonomía técnica en favor del trabajador. Es necesario, pues, la globalización de la incidencia o no de las facultades empresariales, “individualizando oportunamente las características singulares de la actividad en cuestión²⁴⁸”. Si tenemos en cuenta las especiales circunstancias que rodean la actividad prestada por las E.T.T., habrá que prestar una especial atención que la potestad disciplinaria se atribuye a dicha empresa -art. 15.2 L.E.T.T.-, potestad que -según esta línea interpretativa- constituiría una forma de manifestarse la dependencia, por lo que, a través de esta vía, podría llegarse a la conclusión de que el trabajador siempre está sujeto jerárquicamente a la E.T.T.²⁴⁹.

Por otra parte, el hecho de que la orden de puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria la lleve a cabo la E.T.T. podría verse como un indicio de

²⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo”, op. cit., 1966, pág. 159.

²⁴⁸ SALA FRANCO, T., y LÓPEZ MORA, F., “Contrato de trabajo”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, op. cit., pág. 21; LAFLAMME, R., y CARRIER, D., “Droits et conditions de travail des employés des agences de location de main d’oeuvre”, *Relations Industrielles*, Vol. 52-1, 1997, pág. 172, señalan que en este tipo de relación tripartita, el criterio del control efectivo sobre el trabajo puede ser demasiado rígido, por lo que necesita ser completado con otros aspectos, como pueden ser la remuneración, formación, facultades disciplinarias, entre otros.

²⁴⁹ SINZHEIMER, H., “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, op. cit., 1984, señala que la dependencia “no es sólo una pura relación obligacional”, sino “ante todo, una relación de poder”; ALBIOL MONTESINOS, I., “En torno a la polémica ajenidad-dependencia”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, nº 1, 1971, pág. 13.

dependencia, ya que el trabajador resulta obligado a cumplir la primera orden empresarial, que en este caso proviene directamente de la E.T.T. y que consiste en el mandato de que éste se incorpore en el ámbito organizativo de la empresa usuaria. Conviene señalar el hecho de que, bajo la noción de dependencia mantenida por RODRÍGUEZ-PIÑERO²⁵⁰, la relación que se establece entre empresario y trabajador ha de estar basada en lo que dicho autor denomina “una puesta a disposición” de la fuerza de trabajo, que ha de poseer una trascendencia suficientemente significativa para poder apreciarse la vinculación personal existente entre empresario y trabajador. Si trasladamos esta noción de dependencia a la orden de puesta a disposición efectuada por la E.T.T., la conclusión podría ser, a mi juicio, que la dependencia sería predicable entre dicha empresa y el trabajador. Y ello porque se cumplen los dos elementos que anteriormente se han destacado como constitutivos de dependencia: por una parte, nos encontramos con que la puesta a disposición de la fuerza de trabajo se lleva a cabo por parte de la E.T.T., y porque además ésta puesta a disposición viene asociada a un importante grado de subordinación del trabajador a la misma, cuestión que puede ser apreciada si tenemos en cuenta que el ejercicio del poder disciplinario supone una muestra lo suficientemente significativa de que el trabajador se encuentra vinculado personalmente a la E.T.T.. Por lo tanto, podría mantenerse un concepto de dependencia con respecto de la E.T.T. que no quedaría desvirtuado aunque el trabajador pase a integrarse dentro del círculo organizativo y rector de la empresa usuaria²⁵¹.

Ahora bien, tal como se ha puesto de manifiesto, la noción de dependencia en el ámbito de las E.T.T. se complica notablemente al quedar asignado el poder de dirección a la empresa usuaria. Esta división de poderes dificulta notablemente la atribución de este criterio de la dependencia a uno u otro empresario, por lo que, en mi opinión, es

²⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo”, op. cit., 1966, pág. 159.

²⁵¹ Tal como pone de manifiesto MONTEIRO FERNANDES, A., “Problemas jurídicos del trabajo realizado por mediación de empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 176, “el paso del trabajador al servicio del segundo empresario no elimina ni suspende su vinculación con el empresario originario; ese paso, por regla general, es transitorio o temporal, como se desprende de la propia denominación de la actividad realizada en tales circunstancias”. Según MARTINS CATHARINO, “El régimen jurídico de las

necesario buscar otro criterio más adecuado que permita una mayor claridad a la hora de asignar la condición de empresario a una u otra empresa. Un sector de la doctrina ya ha planteado en otras ocasiones la insuficiencia del criterio de la dependencia como presupuesto válido a la hora de definir una relación es laboral o no lo es²⁵². A modo de ejemplo, entendida la dependencia como facultad que corresponde a una de las partes de disponer sobre la ejecución de la relación jurídica de una forma determinada, ya se había señalado que esta característica también podía ser predicable de los contratos de tracto sucesivo, puesto que en la mayoría de las ocasiones la ejecución del trabajo se entrega a la libre decisión de uno de los contratantes²⁵³. Las E.T.T. podrían entrar a formar parte así del elenco de supuestos en las que el concepto de dependencia resulta insuficiente a la hora de configurar la relación jurídico-laboral. En este caso concreto porque resulta altamente confuso dilucidar si el empresario sería la empresa usuaria como sujeto que ostenta los poderes directivos y, derivado de ello, la facultad de disponer la forma concreta en la que pretende que se desarrolle la relación laboral, o bien la E.T.T. porque, como titular del poder disciplinario, recae sobre ella la potestad de sancionar una determinada conducta por no haberse realizado por el trabajador puesto a disposición según las instrucciones impartidas previamente por la empresa usuaria.

De cualquier forma, lo que se pone de manifiesto una vez más es que, al esquema trilateral característico de este tipo de relaciones en las que intervienen las E.T.T. se unen, además de los problemas ya existentes en las relaciones bilaterales típicas, otra serie de inconvenientes específicos de este tipo de relaciones, y derivados especialmente de esta artificiosa redistribución de poderes empresariales que ha llevado

empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 342, se produce una “co-subordinación del trabajador”, que permanece subordinado a las dos empresas.

²⁵² ALONSO OLEA, M., “Introducción al Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 61-62, así lo pone de manifiesto al afirmar que la dependencia “es perturbadora en grado sumo y produce, como consecuencia, entre otras, el que trabajos típicos por cuenta ajena, señaladamente el trabajo a domicilio, queden fuera del Derecho del Trabajo o accedan a él por extensión, cuando precisamente fueron de las primeras manifestaciones históricas del trabajo libre por cuenta ajena”.

²⁵³ BAYÓN CHACÓN, G., “El concepto de dependencia. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, pág. 466. Asimismo, señala este autor que el concepto de dependencia cabe observarlo también en las profesiones liberales típicas de trabajadores independientes.

a cabo el art. 15 L.E.T.T.. Aun a pesar del hecho de que el criterio de la dependencia pueda quedar también diluido en la relación que se crea entre la E.T.T. y el trabajador, ello no obsta para el mantenimiento de la relación de subordinación del trabajador con respecto a aquélla, tal como tuvo ocasión de poner de relieve la Sentencia del TJCEE de 17 diciembre de 1970 (Caso Manpower)²⁵⁴. La cuestión que se intentaba dilucidar por el Tribunal era cuál de las dos empresas -si la E.T.T. francesa o la empresa usuaria alemana- era el verdadero empleador, a los efectos de decidir la aplicación de la normativa francesa o alemana en materia de accidentes de trabajo. El TJCEE entendió que la cualidad de empresario debía predicarse de la E.T.T., puesto que “la subordinación permanente del trabajador a ella quedaba demostrada por el hecho de que le pagaba su salario y estaba facultada para dar por terminada la relación de trabajo por faltas cometidas en la empresa donde ese trabajador prestara sus servicios”. De lo que podría deducirse que a lo que se referiría el TJCEE con el “mantenimiento de la relación de subordinación” es realmente al “mantenimiento de la relación contractual” entre ambos sujetos.

2.1.3. Ajenidad.

Una vez constatada, en el ámbito de las E.T.T., la problemática que surge también con el presupuesto de la dependencia a la hora de dilucidar el sujeto que ostenta la cualidad de empresario del trabajador puesto a disposición, pasaré a analizar a continuación el criterio de la ajenidad, con la finalidad de poder clarificar la cuestión planteada. En cuanto al presupuesto sustantivo de la ajenidad, se ha señalado que ésta constituye la esencia misma del contrato de trabajo, puesto que el trabajo que no sea por cuenta ajena no puede ser objeto de aquél ni de las normas que a éste se refieren²⁵⁵. En mi opinión, no existe ningún inconveniente para poder afirmar que el presupuesto de la

²⁵⁴ Puede consultarse en *Droit Social*, nº 5, 1971, págs. 314 y ss. El mantenimiento por la opción contractualista se pone de manifiesto por el TJCEE al señalar que “si, en vertu de ce contrat, chaque interimaire est tenu de respecter les conditions d’exécution du travail et la discipline exigées per le règlement intérieur del’établissement où il este envoyé, (...) cette circonstance n’affecte pas le maintien du rapport de subordination du travailleur à l’égard de l’entreprise qui l’a engagé”.

ajenidad es predicable del trabajador que es contratado por una E.T.T., es necesario su análisis desde distintas perspectivas, pues no siempre esta afirmación va a poder ser predicada de estos dos sujetos que han celebrado previamente el correspondiente contrato de trabajo.

En primer lugar, desde el punto de vista de la ajenidad en los riesgos, cuya consecuencia fundamental estriba en que sobre la E.T.T. recae el resultado económico favorable o adverso de su actividad, sin que el trabajador ostente ninguna participación en el riesgo económico de la misma. Los autores que han defendido este criterio²⁵⁶ argumentan que el trabajo objeto del ordenamiento jurídico laboral no es sólo el que implica un despliegue de energías humanas que se ponen al servicio de otra persona, sino también aquél en el que el trabajador no participa en los riesgos del resultado. Ello se traduce en que el coste del trabajo vaya a cargo del empresario y que sobre el empresario recaiga el resultado económico favorable o adverso, sin que el trabajador sea afectado por el mismo y sin que exista una participación de éste en el riesgo económico de la actividad empresarial. En una primera aproximación podría entenderse que, desde esta perspectiva de la ajenidad en los riesgos, tampoco se clarificaría demasiado en el ámbito de las E.T.T. quién ostenta la condición de empresario como correlativo del concepto de trabajador por cuenta ajena, ya que, genéricamente, este presupuesto sustantivo podría predicarse tanto de la E.T.T. como de la empresa usuaria con respecto al trabajador puesto a disposición. Con respecto a la exigencia de que el coste del trabajo vaya a cargo del empresario, este dato se cumple con respecto a la E.T.T. si se toma como referencia el sujeto que cubre los gastos que supone el ejercicio de la actividad en que consiste el trabajo temporal. Desde la perspectiva de la empresa usuaria, también podría afirmarse que ésta asume los riesgos que se originan como consecuencia del ejercicio de la actividad que ésta desempeña en el mercado. En ninguno de los dos supuestos, el trabajador cedido debe costear los gastos que conlleve

²⁵⁵ ALONSO OLEA, M., “Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales”, en “Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales”, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1977, pág. 39.

el ejercicio de su actividad laboral. Con respecto a la característica de que sobre el empresario recaiga el resultado económico favorable o adverso, también resulta una nota predicable tanto por la E.T.T. como por la empresa usuaria, ya que ninguna de las dos puede hacer recaer sobre el trabajador cedido el resultado de su actividad, bien sea la actividad de trabajo temporal -en el caso de la E.T.T.-, bien sea la actividad específica que desempeña la empresa usuaria.

Ahora bien, si se analiza desde un punto de vista específico la relación que une al trabajador y a la E.T.T., el presupuesto de la ajenidad en los riesgos sólo es predicable específicamente respecto a dicha empresa si se toma en consideración la actividad específica del trabajo temporal, que es la que, en definitiva, se compromete a realizar el trabajador puesto a disposición cuando concierta el contrato de trabajo con la E.T.T.. Y ello porque el riesgo no puede observarse de una forma autónoma o separada de la actividad a la que viene necesariamente asociado. Tal como ha puesto de manifiesto la doctrina²⁵⁷, el riesgo se concibe como incertidumbre del resultado favorable o adverso del negocio jurídico que se ha emprendido, debiendo existir una objetivación del mismo en una serie de riesgos concretos, esto es, acontecimientos que influyen positiva o negativamente en el desarrollo de la vida de la relación jurídica y que no se sabe con certeza si se darán o no. Así pues, desde el punto de vista específico de la actividad de trabajo temporal, los costes que genera dicha actividad correrán a cargo de la E.T.T.. Asimismo, el riesgo que supone la actividad del trabajo temporal -esto es, el resultado favorable o adverso de esta concreta actividad- también será predicable únicamente con respecto a dicha empresa. El hecho de que la empresa usuaria pueda correr con los costes que supongan su actividad concreta en el mercado y que asuma también los riesgos económicos de dicha actividad no influye a la hora de llegar a la conclusión anterior, puesto que, en cualquier caso, la actividad de trabajo temporal no es la que desarrolla la empresa usuaria en el mercado, siendo dicha actividad de trabajo temporal

²⁵⁶ Como exponentes de la misma, BAYÓN CHACÓN, G., y PÉREZ BOTIJA, E., "Manual de Derecho del Trabajo", Madrid, 1957, págs. 16 y ss.

²⁵⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "El concepto de trabajador en el Derecho español", Temis, nº 9, 1961, págs. 145-146.

la única que posee relevancia a la hora de conocer para quién trabaja por cuenta ajena el trabajador puesto a disposición.

Por otra parte, la asunción de la teoría de la ajenidad en los frutos como criterio delimitador de la relación laboral ha sido puesta de manifiesto por ALONSO OLEA²⁵⁸, en el sentido de que los frutos del trabajo son atribuidos inicialmente a una persona distinta de la que ejecuta el trabajo, atribución que opera sobre los frutos en el momento mismo en que se produzcan. Los frutos han de entenderse en un sentido amplio, al abarcar todo resultado del trabajo, sea intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otros hombres y consista en un bien o en un servicio²⁵⁹. Desde la perspectiva de la empresa usuaria, sería posible la asignación a ésta de la cualidad de empresario, ya que los frutos del trabajo que desarrolla el trabajador cedido son atribuidos de una forma directa e inicial a la empresa usuaria, para quien el trabajador presta sus servicios²⁶⁰. En este sentido, la atribución originaria de los frutos desde el momento mismo de la producción corresponde a la empresa usuaria, siendo una obtención inicial que opera sobre los frutos en el mismo momento en que se producen. El mismo autor citado señala que la persona a la que son atribuidos inicialmente los frutos del trabajo puede realizar una atribución instantánea sucesiva de los mismos en favor de un tercero, característica también predicable de la empresa usuaria, sin que este ofrecimiento inmediato al público desvirtúe el concepto de ajenidad en los frutos del trabajo.

Desde este mismo plano de la ajenidad en los frutos, más complicado resultaría predicar la cualidad de empresario del trabajador con respecto a la E.T.T., si bien podría

²⁵⁸ ALONSO OLEA, M., “Introducción al Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 51, matiza que “la atribución ocurre, en el trabajo por cuenta ajena, en virtud de un singular relación social entre el trabajador y el adquirente de los frutos, que preexiste a la ejecución del trabajo”.

²⁵⁹ ALONSO OLEA, M., “Introducción al Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 51.

²⁶⁰ Esta es la opción interpretativa por la que se decanta OLMO GASCÓN, M., “Contractualidad laboral y empresas de trabajo temporal, temas laborales 1996, nº 39, pág. 98. Asimismo señala PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 38 que la E.T.T. interfiere la posición jurídica del empleador de la relación de trabajo,

hacerse si se admite la teoría de la ajenidad en los frutos desde una perspectiva indirecta o mediata, si se consideran como frutos aquellos beneficios que le genera a la E.T.T. el trabajo prestado por el trabajador cedido a la empresa usuaria y que se materializan a través del pago que realiza ésta última a la E.T.T. por el hecho de haberle proporcionado al trabajador para la cobertura de una necesidad temporal y urgente. Sin embargo, en este supuesto no resulta tan clara la aplicación de la teoría de la ajenidad en los frutos, ya que el provecho que produce la actividad del trabajo temporal no se atribuye de una forma directa por el trabajador, sino que ha de concretarse a través de la operación mercantil consistente en el pago por parte de la empresa usuaria a la E.T.T. por los servicios prestados por el trabajador.

Por último, la ajenidad en el mercado se manifiesta en el hecho de que el trabajador se ve privado de la posibilidad de acceso al mercado de bienes y servicios, restringiendo exclusivamente su acceso al mercado de trabajo²⁶¹. Se ha señalado por la doctrina que “la ajenidad requerida para calificar una relación de servicios como típicamente laboral consiste en la necesaria presencia de una estructura tripolar que pone en conexión un trabajador, un empresario y un cliente o consumidor”²⁶². Es decir, el trabajador no posee un contacto directo con el mercado de empresas clientes, sino que su relación se lleva a cabo de una forma indirecta o mediata, a través de los servicios que presta a su propia empresa. La particularidad que presenta el trabajador contratado por una E.T.T., es que el trabajador sí que mantiene una cierta relación con la empresa usuaria. Aun teniendo en cuenta esta especial circunstancia, entiendo que la estructura tripolar característica de la teoría de la ajenidad en el mercado sigue siendo trasladable al trabajo realizado a través de las E.T.T., si se enfoca exclusivamente desde la perspectiva de considerar a la empresa usuaria como el sujeto cliente, y no desde la óptica de su relación con el trabajador puesto a disposición. Así pues, a los efectos de

dando origen así a un supuesto de interposición de un empresario (formal) en una relación trabada realmente entre quien trabaja (trabajador) y quien hace suyos los frutos del trabajo (empresario real).

²⁶¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 28, 1986, págs. 505.

²⁶² SALA FRANCO, T., y LÓPEZ MORA, F., “Contrato de trabajo”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, op. cit., pág. 13.

asignar a la E.T.T. la cualidad de empresario a través de la aplicación de la teoría de la ajenidad en el mercado, lo relevante no sería la relación entre la empresa usuaria y el trabajador -puesto que no es éste el que se haya puesto en contacto directo con el mercado de empresas usuarias-, sino la conexión entre ambas empresas en el mercado de bienes y servicios, siendo la E.T.T. la suministradora del servicio -la E.T.T.- y la empresa usuaria la empresa cliente. Es decir, el contacto que posee el trabajador con la empresa usuaria no desvirtúa la teoría de la ajenidad en el mercado, que puede seguir predicándose en relación con el trabajador y la E.T.T..

No resulta, en mi opinión, válido el criterio de la ajenidad en el mercado para concluir la existencia de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador. De la aplicación de este criterio, podría decirse que la empresa usuaria se relaciona a su vez con su propio mercado de bienes y servicios, poniendo al alcance de otras empresas los frutos realizados por el trabajador cedido. Sin embargo, el mercado que debería ser objeto de análisis a la hora de comprobar la existencia del presupuesto de la ajenidad en el mercado es aquél en el que se desarrolla el trabajo temporal, de modo que es la E.T.T. la que ofrece los frutos del trabajo en el mercado, en este caso a las empresas usuarias que pretendan cubrir necesidades urgentes y temporales de mano de obra. La relación que establezca en el mercado la empresa usuaria con sus propios clientes servirá para determinar, en su caso, la relación laboral que posee con sus propios trabajadores, pero no para determinar la existencia de una relación laboral entre ésta con el trabajador puesto a disposición por la E.T.T..

2.1.4. Retribución.

La remuneración del trabajador puesto a disposición por parte de la E.T.T. -art. 11.1.a) L.E.T.T.- constituye otro de los presupuestos sustantivos para poder afirmar que ésta ostenta la cualidad de empresario de aquél, ya que el salario constituye la forma

específica de retribución del sujeto del contrato de trabajo²⁶³. El trabajador, por su prestación laboral percibirá de la E.T.T. una retribución económica garantizada, sin que aquél asuma la responsabilidad de los resultados del trabajo. Tal como señala la doctrina, “el trabajador cumple con la simple puesta a disposición y no porque se haya producido el resultado pretendido por el empleador”²⁶⁴. De nuevo es posible trasladar estas afirmaciones al ámbito de la contratación a través de las E.T.T. para justificar que éstas ostentan la cualidad de empresario del trabajador cedido a la empresa usuaria. Analizando el término “puesta a disposición” empleado por la doctrina, éste parece referirse a la realización de la prestación de servicios dentro del ámbito organizativo del empresario. En el trabajo efectuado a través de las E.T.T. esa “puesta a disposición” a la que me he referido anteriormente puede identificarse precisamente con la “puesta a disposición” del trabajador en la empresa usuaria, de forma que el trabajador no responde de los resultados que dicha empresa pretenda obtener, sino que su cumplimiento se limita únicamente a la realización de su prestación en el seno de la organización de la misma.

Es en el aspecto retributivo donde se puede apreciar plenamente la contraposición de intereses presente entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición, lo que lleva a reafirmar, una vez más, la posición contractualista de los poderes empresariales. La dualidad de intereses se concreta en dos tipos de pretensiones por las que ambas partes -empresario y trabajador- deciden llevar a cabo el contrato de trabajo. Por una parte, el interés típico que caracteriza la posición del trabajador contratado por la E.T.T. es el interés a la retribución, ya que la finalidad primordial que impulsa a que éste se incorpore a la empresa usuaria sería obtener la remuneración que le permita atender al propio sustento y al de su familia. En consecuencia, el interés del trabajador a la retribución está destinado a ser satisfecho independientemente de la realización de

²⁶³ Para LYON-CAEN, G., “Les sociétés de travail temporaire dans la Communauté économique européenne”, *Droit Social*, nº 5, 1971, pág. 313, el hecho de que la E.T.T. es la que paga al trabajador es un factor primordial en favor de la asignación de la condición de empresario a la E.T.T..

²⁶⁴ SALA FRANCO, T., y LÓPEZ MORA, F., “Contrato de trabajo”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, op. cit., pág. 7.

otros intereses que deben ser considerados instrumentales respecto a aquél, tales como aquellos relativos a la actividad, productividad y prosperidad de la empresa usuaria.

Por otra parte, tal como ha señalado la doctrina italiana encabezada por PERSIANI, la organización constituye el interés socialmente típico del empleador, que asume relevancia incluso en el plano jurídico. Se trata del interés laboral típico del empleador, que no debe confundirse con el interés económico del empresario - entendiendo por empresario el concepto de empresario mercantil, que opera con terceros sujetos en el mercado-, por muy relacionados que estén entre sí en función de medio a fin²⁶⁵. Es importante, en este sentido, tener en cuenta la distinción entre el medio y el fin del mencionado interés del empleador y empresario, pues mientras para el primero no existe otro medio y fin a la vez que el estrictamente laboral, para el segundo cabe una distinción perfectamente diferenciada entre interés laboral como medio e interés económico como fin, que únicamente puede considerarse conjuntamente cuando el empresario es además empleador al mismo tiempo. En este último supuesto, la posición que el empresario asume como operador económico va encaminada a potenciar el desarrollo de la actividad productiva de la empresa en aras a la obtención del máximo beneficio. De esta forma, si se toma en consideración la actividad que el empresario desarrolla con terceros sujetos en el mercado de bienes y servicios, el interés al beneficio se configura como aquél socialmente típico del empresario²⁶⁶.

En base a las consideraciones anteriormente expuestas, se llega a la conclusión de que, coincidan o no en una misma persona las cualidades de empleador laboral y empresario mercantil, lo que en ningún caso resulta posible es la identificación de intereses entre el empleador y el trabajador, por lo que tampoco resulta factible la identificación entre el interés del trabajador puesto a disposición y el de la empresa

²⁶⁵ Esta diferenciación también se lleva a cabo por la doctrina francesa, que define al “chef d’entreprise” en contraposición al “employeur” como aquél que decide las operaciones que contribuyen a la política general de la empresa, según TEYSSIÉ, B., “L’interlocuteur des salariés”, *Droit Social*, nº 1, 1982, pág. 52.

²⁶⁶ PERSIANI, M., “Contratto di lavoro e organizzazione”, *Publicazioni dell’Istituto di Diritto Privato dell’Università di Roma*, CEDAM, Padova, 1966, pág. 74.

usuaria. Dejando a un lado la distinción que la doctrina italiana realiza entre empresario y empleador, de gran utilidad para la diferenciación de fines expuesta, en adelante se seguirá utilizando la expresión “empresario” desde un punto de vista estrictamente laboral, tal y como se ha venido realizando hasta este momento y al objeto de evitar cualquier tipo de confusión terminológica.

2.2. La atribución de la condición de empresario a la empresa de trabajo temporal y a la empresa usuaria.

Tras el análisis de los presupuestos sustantivos en el ámbito de las E.T.T. se llega a la conclusión de que la atribución de la cualidad de empresario no sólo es predicable de la E.T.T. desde una perspectiva contractualista, sino que es necesario abordar dicho concepto desde la consideración de la empresa usuaria como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador puesto a disposición. Y ello porque el hecho de que la L.E.T.T. imponga a la empresa usuaria determinadas responsabilidades -en especial en lo que respecta a la responsabilidad en materia de recargo de prestaciones y la responsabilidad subsidiaria o solidaria, según los casos y tal como se verá más adelante, en relación a las obligaciones salariales- implica que dicha empresa ostenta en cierto modo, y desde la perspectiva de sujeto que recibe la prestación de servicios del trabajador, la condición de empresario. De todo ello se desprende que es necesaria una integración entre la atribución de la cualidad de empresario a la empresa usuaria como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador -en función de lo previsto en los arts. 1.2 y 8 E.T.- y la asignación de dicha condición a la E.T.T. como empresario formal que celebra con el trabajador el contrato de trabajo²⁶⁷.

Del resultado de armonizar ambos conceptos de empresario, se lograría una mayor protección de los derechos del trabajador, de modo similar a como el ordenamiento laboral ha conjugado las obligaciones y responsabilidades en los

supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios -art. 42.2 E.T.-. Actualmente, y teniendo en cuenta las deficiencias que la L.E.T.T. posee en cuanto a las responsabilidades de la empresa usuaria -tal como se irá viendo al analizar las distintas instituciones que conforman el contrato de trabajo con la E.T.T.-, se da la paradoja que la relación en la que interviene la E.T.T. carece de las garantías necesarias para lograr un equilibrio entre los poderes empresariales y los derechos de los trabajadores, al contrario de la evolución que ha experimentado la regulación de las contratas y subcontratas. En este sentido, no hay más que acudir a la última modificación que, en relación a la responsabilidad del propietario de la obra o de la industria contratada, ha operado el RD 1426/1997, de 15 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento General de Recaudación²⁶⁸. Se suprime la mención a la propia actividad, lo que obliga a la empresa principal a responder solidariamente de la obligación de cotizar, así como del pago de prestaciones en los supuestos en los que el contratista haya sido declarado insolvente, con independencia de que la actividad se corresponda o no con la de la empresa principal.

Hay que matizar que esta extensión de la responsabilidad en materia de Seguridad Social no se ha acompañado de la correlativa ampliación de las responsabilidades en materia salarial previstas en el art. 42.2 E.T.. Sin embargo, la extensión de la responsabilidad operada por el RD 1426/1997 puede servir como criterio de referencia a tener en cuenta en relación a la empresa usuaria, como empresario que recibe la prestación de servicios del trabajador puesto a disposición. Tal como ha puesto de manifiesto la doctrina²⁶⁹, la imposición de responsabilidades en los

²⁶⁷ GARCÍA MURCIA, J., “Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores. Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes”, *Temas Laborales*, nº 31, 1994, pág. 18.

²⁶⁸ (BOE 30-9-1997).

²⁶⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1996, pág. 38. Del mismo autor, vid., asimismo, “Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1996, pág. 50; MARTÍN VALVERDE, “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E.: coord.), “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988, págs. 258-259; GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, nº 130, 1981, págs. 44-45. CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, op. cit., pág. 120.

casos de contratas y subcontratas es la de imponer al empresario principal un papel de garante a causa del aprovechamiento indirecto con respecto a la prestación laboral desarrollada por el trabajador del contratista, consideraciones que son trasladables a la empresa usuaria desde el momento en que la misma también obtiene la utilidad del trabajo desarrollado por el trabajador puesto a disposición. Así pues, la atribución de responsabilidades a la empresa usuaria no desnaturaliza la identidad de los sujetos del contrato de trabajo -que siguen siendo la E.T.T. y el trabajador-, sino que simplemente refuerza la posición del trabajador en el seno de la relación trilateral en la que se encuentra inmerso.

Desde la perspectiva contractualista, la condición de empresario de la E.T.T. vendría dada en función del vínculo contractual que une a ésta con el trabajador, en lógica coherencia con los arts. 1, 10 y 12 L.E.T.T. y con la normativa comunitaria, tal como se ha señalado anteriormente. Desde la concepción de empresario como sujeto de la prestación de servicios, también la empresa usuaria viene obligada a ocupar un papel fundamental en orden a las responsabilidades que posee dicha empresa con respecto al trabajador. Esta segunda concepción no ha de dejarse de lado, ya que posee una importancia fundamental en este tipo de relaciones, de forma que con ello se evita que el recurso a las E.T.T. se utilice como un mero mecanismo de interposición en el mercado de trabajo para tratar de eludir aquellas responsabilidades que corresponderían a la empresa usuaria si, en lugar de utilizar los servicios de la E.T.T., hubiese contratado directamente al trabajador²⁷⁰. Por lo tanto, la aparente contradicción entre ambos conceptos de empresario, puede solucionarse a partir de una interpretación integradora a partir de la cual se organice el reparto de obligaciones y responsabilidades entre ambas empresas²⁷¹.

²⁷⁰ MARTÍN VALVERDE, A., “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, nº 91, pág. 33, define la interposición como “una combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otras, y frente a terceros, una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero y real de las mismas”.

²⁷¹ En este sentido, GONZÁLEZ VELASCO, J., “Desconcertante relación jurídica entre el trabajador temporal y el empresario cesionario”, *op. cit.*, pág. 17, matiza que no se trata que haya que elegir entre uno u otro empresario, ni que exista una situación de “co-subordinación”, sino que “se produce una disociación de la función de empresario en dos papeles complementarios, pero atribuidos a entidades

2.3. La función limitativa del contrato celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador.

El contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición es un acuerdo de voluntades que crea obligaciones para ambas partes, generando una nueva situación o *status* para éstas, de lo que se deduce que el concepto de contrato no es unívoco, designando al mismo tiempo el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y el estado o la situación de derecho creada a través de dicho acuerdo²⁷². La libertad de las partes para decidir los contenidos contractuales que van a generar sus respectivas obligaciones queda salvaguardada a través de la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, al establecer el art. 1255 del Código Civil que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”. Ahora bien, una vez celebrado el contrato en base al margen de libertad que confiere el principio de autonomía de la voluntad, no resulta posible que se deje al arbitrio de una de las partes la determinación de lo convenido. Por otra parte, no hay que olvidar que en el ámbito de la relación laboral, ambas partes están obligadas a satisfacer sus recíprocas prestaciones con arreglo a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores), lo que viene a introducir un criterio limitativo del poder de dirección de la actividad empresarial, del que es titular el empresario según lo establece el n.º. 1 de ese precepto, al no permitirle que ejercite las facultades que dimanen del mismo con desprecio a los efectos que produce en el trabajador, de forma que “el deber de buena fe

diferentes, si bien no existe más que un contrato de trabajo y es el que existe entre la E.T.T. y el trabajador”. Según MONTEIRO FERNANDES, A., “Problemas jurídicos del trabajo realizado por mediación de empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 177, se produce una “disociación de la función de empresario en dos papeles complementarios”. Para MARTINS CATHARINO, “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 342, las dudas sobre quién es el empleador “debe resolverla el legislador en favor del trabajador temporal, indudablemente empleado, incluso imponiendo una responsabilidad solidaria pasiva a los dos empleadores”. Para CAMPS RUIZ, L.M., “La nueva regulación del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 58, el art. 1.2 E.T. asigna la condición de empresario tanto a la empresa usuaria como a la E.T.T.

²⁷² Tal como señala OSORIO MORALES, “Notas para una teoría general del contrato”, op. cit., pág. 1081 “entre estos dos sentidos del término contrato existe una necesaria relación de temporalidad y de causa a efecto: el antecedente, el contrato *acuerdo de voluntades*, se agota en el momento de producirse, y

que incumbe a las partes de la relación laboral no llega al extremo de limitar el ejercicio del derecho a la opción más favorable para los intereses del otro contratante, en detrimento de la satisfacción del interés propio”²⁷³.

Aplicando estos conceptos al problema que nos ocupa, la consecuencia que puede extraerse es que un poder de dirección arbitrario e ilimitado por parte de la empresaria usuaria supondría la contravención de los principios básicos de la teoría general de los contratos, por lo que, en base a los principios fundamentales que informan el derecho de la contratación, la determinación de la prestación de trabajo debida por el trabajador no puede dejarse al arbitrio de aquélla. En consecuencia, el poder de dirección queda condicionado a los límites del propio contrato celebrado entre el trabajador y la E.T.T. , no pudiendo alcanzar más que a los extremos que guarden directa relación con la prestación de trabajo²⁷⁴, de forma que cualquier extralimitación de tal potestad deviene ilegítima. La obligación que, a través del contrato de trabajo asume el trabajador cedido, no es una prestación determinada en todos sus extremos, sino que precisa de una especificación a la que procede el empresario en uso de su poder de dirección (art. 20.1 y 16.4 E.T.). Ahora bien, parece claro que, a pesar de que el ordenamiento jurídico acepta la determinación *a posteriori* de la prestación debida como algo normal, exige siempre que queden previamente establecidos los elementos o bases que permitan llevar a cabo esa determinación, no tolerando en absoluto que ello se deje al arbitrio de una de las partes del contrato²⁷⁵. La propiedad privada de los medios de producción que ostenta la empresa usuaria no puede tener la función de consentir al propietario que controle la actividad productiva de forma ilimitada. La racionalización

genera el contrato *situación jurídica* que se impone y rige sin la voluntad y aun contra la voluntad de los contratantes”.

²⁷³ Vid. el voto particular de la STSJ del País Vasco 1-12-1994 (Ar. 4981).

²⁷⁴ En cuanto a las relaciones de trabajo atípicas, señala en esta línea BAYLOS GRAU, A., “Derecho del Trabajo: un modelo para armar”, op. cit., pág. 71, que “el contrato individual cumple una función decisiva en la diversificación de la tutela, fraccionada y desigual, a la que se somete a importantes segmentos de fuerza de trabajo”.

²⁷⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., “La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7-III-1986”, *Temas Laborales*, nº 8, 1986, pág. 100.

en el ejercicio del poder de dirección por parte de dicha empresa lo devuelve, de esta forma, a sus justas dimensiones²⁷⁶.

La opción por este papel limitador del contrato de trabajo posee consecuencias en orden a la desobediencia, por parte del trabajador puesto a disposición, de la orden procedente de la empresa usuaria cuando las órdenes e instrucciones no surgen del ejercicio regular de su poder de dirección y control. Las consecuencias son diferentes si se adopta una posición comunitarista o bien contractualista de los poderes del empresario. Si se optase por la primera de ellas, la indisciplina o desobediencia en el trabajo -por la negativa del trabajador a cumplir cuantas órdenes e instrucciones emanasen del poder de dirección de la empresa usuaria- traería como consecuencia inmediata el incumplimiento por aquél de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, constituyendo causa legal de despido disciplinario(art. 54.2.b). El trabajador contratado por la E.T.T. estaría obligado a obedecer las órdenes e instrucciones del empresario usuario emanadas en el ejercicio de su poder de dirección y control, cuyo incumplimiento, en su caso, llevaría aparejado la correspondiente sanción.

Por el contrario, la asunción de la opción contractualista implicaría que las decisiones que tome el empresario en un uso irregular o indebido de sus facultades de dirección abrirían las puertas correlativamente a un supuesto o causa de justificación de la desobediencia del trabajador, cuyo incumplimiento sería, de esta forma, objeto de convalidación. Bajo esta óptica, el supuesto de hecho que surgiría por la desobediencia del trabajador no se identificaría con el contemplado en el artículo 54.2.b) E.T., por cuanto quedaría fuera del incumplimiento el deber de respetar las órdenes de la empresa usuaria, cuando las mismas no están en relación con la prestación de servicios pactada en el contrato con la E.T.T.. Y así, el incumplimiento quedaría ajeno al contenido del contrato de trabajo, ya que la obligación de obedecer del trabajador requerirá que las órdenes e instrucciones impartidas al mismo lo sean mediante el ejercicio regular de las

²⁷⁶ Vid. ROMAGNOLI, U., “Weimar, ¿y después?”, en AA.VV. (coord. BAYLOS, A. y APARICIO, J.), “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág.22.

facultades directivas, y no a través de un uso arbitrario de las mismas²⁷⁷. El ejercicio regular de sus facultades directivas, mencionado en el Estatuto de los Trabajadores en los artículos 5.c) y 20.2 E.T., se erigiría así en la línea fronteriza, de tal forma que la negativa a cumplir los mandatos del empresario no constituiría supuesto de desobediencia injustificada si las órdenes e instrucciones se han llevado a cabo fuera del ejercicio regular del poder de dirección del empresario.

Consecuentemente a lo anteriormente expuesto, resulta necesario potenciar el papel limitador que cumple el contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la E.T.T. en relación con las facultades de dirección de la empresa usuaria. Desde la perspectiva contractualista, el contrato no sólo constituye el cauce para la satisfacción de los intereses contrapuestos de las partes, sino también cumple la función de limitar los poderes empresariales en función de las estipulaciones contenidas en el contrato de trabajo. El poder directivo adquiere su especificidad propia en cada contrato de trabajo, debiendo ajustar la empresa usuaria sus facultades organizativas a lo previsto en las normas que rigen el contrato. La opción efectuada por la tesis contractualista implica que el poder de dirección no puede ejercerse por la empresa usuaria de cualquier forma, porque su fundamento no descansa en la titularidad de la organización empresarial, sino en el vínculo obligacional que supone el contrato y que une a la E.T.T. con el trabajador que es posteriormente cedido a la empresa usuaria. En este punto, la doctrina ha diferenciado entre las facultades organizativas y el poder de dirección. Las primeras poseen su fundamentación jurídica en la libertad de empresa reconocida constitucionalmente, pero el poder de dirección nace del contrato mismo, discurriendo a

²⁷⁷ En base a esta posición, se justifica, en la STSJ de Navarra 27-10-1994 (Ar. 3771), la negativa de una trabajadora a firmar unos recibos de salarios puesto que “el requerimiento de la empresa para que la actora firmara el discutido recibí estaba fuera de las atribuciones regulares de dirección del empresario, al no referirse a algo comprensivo de las facultades directivas y organizativas de la producción, aparte de entrañar un acto que no se compagina bien con la legalidad, pues la obligación formal de la empresa de tener los recibos justificativos del pago de los salarios, alegada por la recurrente con invocación de determinadas normas legales (que sólo a ella afectan), no implica que el trabajador, en este caso, la actora, tenga la obligación de firmarlos, antes al contrario, la disconformidad con los conceptos retributivos consignados justifica plenamente su derecho a la negativa”.

través de éste y debiendo ajustar, desde el plano jurídico los modos de especificar, actualizar y coordinar la prestación a las normas que rigen el contrato²⁷⁸.

El contrato de trabajo, como todo contrato, exige que su objetivo sea cierto y determinado (art. 1261 y 1273 C.C.), no siendo admisible que las partes puedan unilateralmente modificarlo, puesto que la forma de su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes (art. 1256 del C.C.). Esta inmutabilidad del objeto del contrato, es decir, de las recíprocas prestaciones en que consiste, quiebra en parte en el ordenamiento laboral como consecuencia de la atribución al empresario del poder de dirección, que la autoriza a éste a modalizar la forma de ejecución del trabajo, es decir, las condiciones de la prestación de sus servicios, para una mejor acomodación a las circunstancias productivas que, obviamente, no permanecen inalterables. Ahora bien, esta facultad no se admite en nuestro ordenamiento jurídico en términos absolutos, sino sometida a una serie de limitaciones, más o menos rigurosas según la importancia de la modificación, encaminadas a garantizar los derechos económicos y profesionales de los trabajadores, de tal forma que si la modificación tiene el carácter de sustancial, ha de justificarse en base a probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y debe contar con el consentimiento o aprobación del trabajador afectado o de sus representantes en la empresa, en la forma que determina el art. 41 E.T.

Esta función limitativa que debe cumplir el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador también encuentra su fundamentación jurídica en los principios fundamentales que presiden la teoría general de la contratación, concretamente en el de la fuerza vinculante de los contratos, en base al cual las partes contratantes son libres para decidir celebrar el contrato, pero una vez estipulado éste se convierte en una norma jurídica que rige la conducta posterior de los contratantes, por lo que lo convenido subsistirá con fuerza obligatoria con independencia de que persista la voluntad inicial de

²⁷⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D., “Poder de dirección y contrato de trabajo”, op. cit., págs. 89-90.

obligarse²⁷⁹. Así se reconoce en el art. 1091 del Código Civil cuando dispone que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”, y al establecer que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 Código Civil). La expresión “fuerza de ley” no implica la equiparación del contrato y la ley mediante la atribución a aquél de una función creadora de Derecho Objetivo, puesto que a través del contrato no se formulan normas abstractas de carácter general para todos los casos futuros, pero sí supone la creación de normas particulares cuya finalidad es la regulación de las relaciones entre particulares.

Uno de los principales problemas que pueden surgir como consecuencia de la asunción de la teoría contractualista en relación a las E.T.T. es la dificultad en la determinación del objeto propio del contrato de trabajo. Si se tiene en cuenta la regulación que de los contratos realiza nuestro código civil en su Libro IV (Título II, “De los Contratos”), en el art. 1261 C.C. se señalan como elementos esenciales del contrato el consentimiento, el objeto y la causa, de tal forma que la validez del mismo exige la presencia de estos tres elementos. En lo que al objeto del contrato se refiere, la teoría general de los contratos exige que éste sea lícito (art. 1271 C.C.), posible (art. 1272) y determinado o determinable (art. 1273 C.C.). Al respecto, se ha señalado por parte de la doctrina que la dificultad en la determinación del objeto propio del contrato de trabajo se acrecienta notablemente si el contrato no se ha realizado por escrito, ya que la limitación de libertad del trabajador queda explicada en su propia voluntad, por lo que se plantean “irremontables” dificultades cuando el contrato como pacto escrito no existe²⁸⁰.

²⁷⁹ Siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil”, Relaciones Laborales, nº 21, 1996, pág. 3, el recurso en este punto a los principios básicos de la teoría general de la contratación puede servir para “ofrecer hoy criterios de equidad que neutralicen tendencias excesivamente economicistas en el contrato de trabajo”.

²⁸⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 25, añade que la explicación contractual “resulta insatisfactoria, pues, aun pactado, el régimen emergente del poder disciplinario es una rara *avis* en la teoría general del contrato y tenía, además, un peligroso efecto reflejo:

A la hora de delimitar el objeto del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador nos encontramos con una dificultad añadida: si éste ya resulta de difícil delimitación en el ámbito de una relación bilateral típica, con más motivo constituirá un serio obstáculo en este tipo de empresas, en las cuales el trabajador va a prestar sus servicios en la organización productiva de la empresa usuaria. Tal como ha señalado ALARCÓN CARACUEL²⁸¹, la exigencia de determinación del objeto recogida en el art. 1273 C.C. presenta algunas particularidades o dificultades en el caso del contrato de trabajo, ya que, al consistir la prestación debida por el trabajador en una deuda de actividad, resulta más difícil de delimitar que si se tratara de una deuda de resultado. Puesto que la obligación que contrae el trabajador es poner su actividad laboral a disposición del empresario, será éste el que deberá especificar -a lo largo de la vida del contrato- dicha prestación. Ello implica que sea materialmente imposible detallar en el contrato todas aquellas concretas especificaciones del contenido de la prestación laboral, ya que las operaciones productivas a realizar están, en un principio, relativamente indeterminadas.

Ahora bien, como señala el mismo autor citado, la indeterminación de la prestación tiene únicamente un carácter relativo, por lo que no puede afirmarse que nos encontremos ante una excepción a la regla general del art. 1273 C.C. Ello implica que, si bien no han de especificarse en el contrato las concretas operaciones que el trabajador habrá de realizar, sí es del todo imprescindible determinar las condiciones principales de la prestación que el trabajador tendrá que llevar a cabo en el seno de la organización productiva empresarial -sería el caso, a modo de ejemplo, de las funciones-. La E.T.T. tiene, pues, un papel fundamental a la hora de delimitar el contenido del contrato, al ser el sujeto del que puede predicarse la cualidad de empresario del trabajador, tal como se ha visto con anterioridad tras el análisis de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo entre ésta y el trabajador puesto a disposición. De esta forma, el concepto de

la esencial cortapisa del poder de control del juez, lo que, en última instancia proporcionaba un amplio campo de libertad en la apreciación de las faltas y sanciones por parte del empresario”.

²⁸¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, Institut d’Estudis Laborals, Barcelona, 1995, págs. 129-130.

subordinación puede hacerse valer tanto para los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa por la que han sido contratados como para los que lo hacen fuera de ellas, salvándose así el concepto de dependencia como caracterizador del contrato de trabajo y respetándose así la libertad del trabajador, al derivarse ésta de su propia voluntad y aceptación en el momento de la contratación²⁸². La atribución del poder de dirección por el art. 15.1 L.E.T.T. ha de enfocarse, pues, únicamente a través de un mero poder de especificación de la prestación laboral, ya que más allá de estos límites el poder de dirección de la empresa usuaria sería incompatible con ese concepto de dependencia que, desde una perspectiva contractualista, sólo puede predicarse del trabajador en relación a la E.T.T..

²⁸² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Empresa y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 64.

III. PODER DISCIPLINARIO Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

Como ya se ha señalado con anterioridad, la atribución del poder disciplinario viene atribuido en el art. 15.2 L.E.T.T. a la E.T.T. Para poder analizar las consecuencias que conlleva la atribución de dicho poder, resulta necesario nuevamente un análisis previo de las diferentes teorías que lo fundamentan. Anteriormente, y tras el análisis llevado a cabo con respecto a la asignación del poder de dirección a la empresa usuaria, la conclusión fundamental que puede extraerse es que se produce una quiebra en los fundamentos de dicho poder desde una perspectiva contractualista, que en mi opinión, es la única que resulta coherente con una concepción del poder de dirección en la que éste se concibe de una forma limitada, en función de los pactos que previamente las partes han estipulado. La finalidad que se persigue a través un análisis paralelo en relación al poder disciplinario estriba en dilucidar si ello contribuye a la ruptura de los esquemas contractualistas de atribución de poderes, o bien si ello supone un reequilibrio de los mismos teniendo en cuenta las peculiaridades que surgen cuando el trabajador es contratado mediante una E.T.T..

1. La quiebra de la teoría contractualista del poder disciplinario en las empresas de trabajo temporal.

En la E.T.T., como todo grupo social organizado, se da la existencia de un poder disciplinario que actúa en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el trabajador en el ámbito organizativo y productivo de la empresa usuaria, y que pretende asegurar el cumplimiento de aquéllas.

1.1. La disociación entre el poder de dirección y el disciplinario en las empresas de trabajo temporal.

Una de las consecuencias que puede extraerse de la adopción de la teoría contractualista de los poderes empresariales es que, tanto del poder de dirección como del poder disciplinario, constituyen realidades inseparables, sin que resulte posible

romper la esencial unidad entre estas dos potestades, las cuales constituyen una única potestad en sentido amplio. La razón principal que apoya esta afirmación se encuentra en el art. 20.1 E.T., en virtud del cual trabajador y empresario se obligan a realizar el trabajo convenido. En este punto es donde cobra relevancia el concepto de *prestación debida*, la cual viene determinada básicamente por disposiciones de carácter general y, en lo que éstas permitan, por la voluntad de las partes expresada en el contrato de trabajo. De esta forma, ambos sujetos acuerdan, en el momento de celebración del contrato, la realización de un servicio por parte del trabajador, “servicio determinado en cuanto a su especie y que constituye la prestación debida”²⁸³.

Se parte así de una obligación específica en función de las cláusulas estipuladas en el contrato y que integra un conjunto de tareas exigibles al trabajador, si bien dentro del ámbito de lo pactado. Ésta es la única interpretación, a mi juicio, posible del análisis que el art. 20.1. E.T., ya que la dicción literal -según la cual “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”- implica el deber del trabajador de desempeñar la prestación de servicios en función, en todo caso, de lo pactado en el contrato, y dentro de estos límites y de los que las disposiciones legales impongan, es donde se deberá de circunscribir la prestación de servicios del trabajador. Los poderes empresariales especifican, de este modo, la prestación debida, dentro del margen que el contrato de trabajo permite, en función de los pactos estipulados en éste en el momento de su celebración. De ello puede extraerse que el poder disciplinario debe integrarse dentro del poder de dirección, ya que resultaría difícil imponer al trabajador sanciones derivadas de un incumplimiento contractual de una forma autónoma de las instrucciones que el trabajador recibe en aras al desarrollo de la prestación de servicios.

Esta concepción unitaria de los poderes empresariales ha sido acogida por un sector de la doctrina laboralista. Tal como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, “el poder

²⁸³ CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, MTSS, Madrid, 1983, págs. 49.

disciplinario, en cuanto sistema que garantiza la efectividad de los restantes poderes empresariales, nunca tiene sentido aisladamente; es la otra cara del cuadro de obligaciones derivadas del contrato para el trabajador, cuyo cumplimiento garantiza”²⁸⁴. De esta forma, y bajo un concepto de poder de dirección que se ha conceptualizado como “amplio”, el poder disciplinario se integra dentro del poder de dirección, al constituir la última fase de la organización del trabajo en la empresa. En base a esta idea, MONTOYA MELGAR elabora su concepto de poder de dirección como “el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”²⁸⁵. Asimismo, otros autores acogen esta noción amplia al considerar la existencia de la íntima conexión entre la potestad disciplinaria y las facultades de organización del empleador²⁸⁶. Así pues, la tesis amplia unifica bajo el mismo concepto de poder de dirección la potestad de ordenación de las prestaciones singulares del trabajo y de la estructura laboral de la empresa, abarcando la suma de facultades siguientes: la facultad de decisión ejecutiva, la de dictar órdenes e instrucciones, la de control y vigilancia y las disciplinarias²⁸⁷.

En mi opinión, la idea de agrupar bajo una misma noción tanto las facultades directivas como las disciplinarias responde más bien a una concepción unitaria de los poderes empresariales y no tanto a un concepto amplio de poder de dirección²⁸⁸, ya que esta perspectiva unitaria no está en contradicción con la adopción de un concepto estricto²⁸⁹, en virtud del cual el poder directivo únicamente quedaría circunscrito a aquellas facultades de especificación del contenido de la prestación laboral, de forma

²⁸⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 174, CREMADES SANZ-PASTOR, B., “La sanción disciplinaria en la empresa”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, pág. 117 y CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 270, para quienes el poder disciplinario aparece como “el corolario indispensable del poder de dirección” y ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 367, que lo califican como “correlato de su poder de dirección”.

²⁸⁵ MONTOYA MELGAR, “Poder de dirección”, op. cit., pág. 44.

²⁸⁶ CREMADES SANZ-PASTOR, B., “La sanción disciplinaria en la empresa”, op. cit., 1969, pág. 116-117, según el cual en la empresa “cabe una división de poderes, pero resulta inviable su separación”.

²⁸⁷ MONTOYA MELGAR, “Poder de dirección”, op. cit., págs. 139 y ss.

²⁸⁸ La identificación de un concepto del poder de dirección amplio con un concepto unitario ya se formuló en su momento por MONTOYA MELGAR, A., “Poder de dirección”, op. cit., pág. 142.

que la prestación genérica a la que el trabajador se compromete en el momento inicial de la relación laboral se va transformando en una prestación específica en función del puesto de trabajo concreto que desempeña en la empresa y en base a las funciones que comprenda dicho puesto²⁹⁰. Lo que se intenta aquí poner de manifiesto es la compatibilidad de una concepción unitaria del conjunto de poderes empresariales y al mismo tiempo estricta del poder de dirección, de manera que, según la primera, dicho poder abarcaría el conjunto de facultades derivadas de la organización del trabajo, mientras que, en base a la segunda, únicamente estaríamos en presencia de una de ellas, la de especificación de la prestación laboral.

Partiendo de la concepción unitaria de los poderes empresariales, la regulación llevada a cabo por la L.E.T.T. supone una quiebra a la necesaria unidad de las diferentes potestades que conforman el conjunto del poder directivo, ya que -a través del art. 15 L.E.T.T.- se produce una separación de estas distintas facultades, al asignarse el poder de dirección a un sujeto -la empresa usuaria- que no es el empresario formal del trabajador temporal, por el mero hecho de que el trabajador puesto a disposición desempeña en ésta la prestación de servicios, y reservándose a la E.T.T. tanto la titularidad como el ejercicio de las facultades disciplinarias.

Sin embargo, otros autores no son partidarios de una concepción amplia del poder de dirección -en el sentido de la concepción unitaria que agrupa el conjunto de poderes, tanto de poder de dirección como el disciplinario-, sino que acogen una concepción estricta cuya consecuencia fundamental estriba en la separación del poder disciplinario del ámbito del poder de dirección empresarial. En base a esta última opción interpretativa, el poder de dirección quedaría integrado exclusivamente por aquellas facultades que persiguen la especificación de las prestaciones individuales y,

²⁸⁹ LÓPEZ, J., “La facultad de dirección”, op. cit., págs 9 y ss.

²⁹⁰ En este sentido, comparto la definición de poder de dirección en sentido estricto de CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., pág. 20, para quien el poder de dirección sería el conjunto de facultades “en virtud de las cuales el empresario va especificando, vez a vez, el contenido de la prestación, de modo que en cada ocasión que hace uso de ésta, introduce en alguna medida variaciones en la forma o en el contenido de realización de la prestación de trabajo”.

desde este planteamiento, se defiende la separación de la facultad disciplinaria del contenido del poder de dirección. Dicha separación se justifica en base a que el poder disciplinario puede actuar sin la existencia de una desobediencia a las facultades directivas de la empresa, argumentándose a favor de ello que el objeto de la sanción generalmente es el incumplimiento contractual y no sólo el incumplimiento de la orden que haya de especificar el modo de cumplir una determinada obligación²⁹¹. De acogerse esta tesis en el ámbito de las E.T.T., no existirían demasiados problemas a la hora de justificar la bifurcación entre el poder de dirección y el poder disciplinario, ya que uno y otro podrían funcionar autónomamente sin necesidad de que coincidiesen en el mismo sujeto. Así, si se opta por la teoría de que el poder disciplinario pueda actuar con independencia de la desobediencia a las facultades directivas, quedará justificada la asignación del poder disciplinario a la E.T.T., a pesar de que ésta no ejercite las facultades de dirección y control durante el tiempo en que dure la puesta a disposición del trabajador.

Sin embargo, en mi opinión, la razón alegada en favor de la posibilidad de disociar ambos poderes -según la cual el poder disciplinario se ejercita principalmente como consecuencia de un incumplimiento contractual del trabajador- no puede constituir un argumento para que dicha facultad pueda separarse del ámbito del poder de dirección, como si de dos poderes autónomos se tratase. Este planteamiento resulta paradójico en el sentido de que, a través de una argumentación basada en el contrato se llega a la consecuencia de que el poder disciplinario es un poder autónomo o independiente, resultado más propio de la tesis institucionalista que de una concepción contractualista del mismo, lo cual supone una contradicción. Basta recordar que la teoría comunitarista considera dicho poder como una sanción o pena a través de la cual la empresa, como organización institucional, rebasa la mera relación individual de las partes y necesita, para el cumplimiento de sus fines, de un poder disciplinario capaz de

²⁹¹ En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “El régimen disciplinario en la empresa”, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 22, señala que de todas las causas de despido del art. 54 ET “sólo una hace referencia a la desobediencia o indisciplina a las órdenes empresariales”.

mantener el orden interno y dotado de sanciones que sirvan de prevención contra la conducta de los demás trabajadores²⁹².

Por el contrario, la opción que he realizado por la teoría contractualista del poder disciplinario implica que el trabajador únicamente puede resultar sancionado como consecuencia de los incumplimientos cometidos según las estipulaciones contempladas en el contrato de trabajo. De hecho, la adopción de una teoría contractualista del poder disciplinario es la única opción interpretativa que resulta coherente con la tesis contractualista por la que se ha optado para fundamentar el poder de dirección. Por lo tanto, en base a una posición contractualista no se puede extraer la consecuencia de que el poder disciplinario pueda concebirse separadamente del poder de dirección, sino que, la asunción de la misma lo único que pretende es fundamentar el poder disciplinario en el incumplimiento contractual, y no en el fundamento institucional en el que se basan las teorías comunitaristas, según las cuales el poder disciplinario se concibe como poder que faculte al empresario para que se sancione a los trabajadores por actos que el empresario considere que han perturbado gravemente su organización. El empresario no ostenta un poder disciplinario ilimitado como responsable de la empresa, sino que tanto las prescripciones normativas, como el contrato de trabajo y los contenidos que en éste se han pactado, constituyen el marco al cual el empresario se ha de someter para que la sanción sea lícita. Como consecuencia de la teoría contractualista, el fundamento del poder disciplinario hay que situarlo en el propio contrato de trabajo, puesto que se parte de la premisa de que el trabajador, en el momento de contratar, acepta voluntariamente una situación de sometimiento a los poderes directivos empresariales. Los trabajadores se integran en la empresa en base a una decisión voluntaria que se materializa a través del contrato de trabajo²⁹³.

²⁹² Citando a LIVELLARA, vid. LÓPEZ, J., “La facultad de dirección”, op. cit., pág. 31.

²⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Empresa y contrato de trabajo”, op. cit., pág. 73, adopta una postura intermedia entre ambas teorías, contractualista y comunitarista, al afirmar “la estrecha ligazón de la potestad disciplinaria con la organización de la empresa, sin que por ello se desvincule por entero del contrato de trabajo”.

La asunción de la teoría contractualista no solamente implica que la fuente del poder disciplinario se encuentra en el pacto que han llevado a cabo empresario y trabajador, sino que, a través de este mismo acuerdo, el empresario podrá ejercer dicho poder únicamente dentro de los límites de lo pactado. La delimitación del poder empresarial constituye una cuestión íntimamente ligada a la democratización de la empresa, puesto que contribuye a corregir las desigualdades existentes entre las partes del contrato de trabajo, a fin de proteger al trabajador del poder económico del empresario²⁹⁴. Son reproducibles aquí las consideraciones vistas en el apartado relativo al poder de dirección en relación a las argumentaciones basadas en la teoría general del contrato, según las cuales la fundamentación en el contrato del poder disciplinario se justifica en función de los contenidos de libertad e igualdad de las partes, de manera que las dos posiciones subjetivas de las partes -resultado de la contraposición de intereses de las mismas- se armonizan en el contrato de trabajo, como consecuencia de la previsión voluntaria de ambos contratantes, y, respetándose, de esta forma, los principios generales del sistema contractual que sustenta las relaciones de producción.

En apoyo de esta concepción integradora podrían alegarse otras consideraciones. En primer lugar, el incumplimiento contractual no es un concepto genérico abstracto, sino que para valorar la existencia o no de la falta se ha de tener en cuenta que la prestación exigible al trabajador se modaliza o concreta en función de determinadas facultades de especificación que se imparten por el empresario en el desarrollo de la prestación laboral del trabajador. De esta forma, el poder disciplinario no podría ejercerse en función de una consideración aislada de la conducta del trabajador, puesto que el modo de cumplimiento de la misma ha sido individualizado a través de las instrucciones impartidas por el empresario en uso del poder de dirección.

Esta ruptura de la necesaria unidad de poderes empresariales tiene importantes consecuencias si se toma como punto de partida una concepción contractualista del poder disciplinario. Dichos efectos van a ser analizados en tres apartados: en primer

²⁹⁴ SAVATIER, J., "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", *Droit Social*, nº 1, 1982, pág. 2.

lugar, en relación a las consecuencias que la disociación entre el poder de dirección y el poder disciplinario implica en cuanto al derecho de *ius resistentiae* del trabajador, en segunda lugar, los problemas derivados de la adecuación entre la conducta infractora y el tipo aplicable en el convenio colectivo de la E.T.T., y, en tercer lugar, en cuanto a dicha disociación supone una ruptura de los principios básicos del derecho sancionador.

1.2. Las consecuencias de la separación del poder disciplinario en relación al *ius resistentiae* del trabajador puesto a disposición.

La opción por la inclusión del poder de dirección dentro del ámbito del poder disciplinario ha de ponerse en relación con las consideraciones efectuadas por la jurisprudencia en torno al principio *solve et repete*. Un sector de la doctrina laboralista ha venido denunciando que la amplitud que al poder empresarial confiere a dicho principio resulta insostenible tanto desde la perspectiva de la legalidad ordinaria como desde un punto de vista constitucional²⁹⁵. Hasta la aparición de la STS de 7 de marzo de 1986 (Ar. 1277) la jurisprudencia ha sido oscilante a la hora de delimitar el alcance y límites de dicho principio. Para una línea jurisprudencial, la aplicación del mismo implicaba que las órdenes empresariales habían de cumplirse aunque implicaran una extralimitación de poderes por parte del empresario, jurisprudencia que acogía los rasgos característicos de las teorías comunitaristas de los poderes empresariales²⁹⁶. Sin embargo, existía otra corriente jurisprudencial contraria a la anterior que mantenía que si el fundamento del poder de dirección es el contrato y sus límites vienen dado por éste y los legalmente impuestos, cualquier orden impartida por el empresario en uso de sus poderes directivos tiene necesariamente que estar dentro de dichos límites, por lo que cualquier mandato que los sobrepase carece de fundamento y, por tanto, el trabajador no

²⁹⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., “La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7-III-1986”, op. cit., pág. 95.

²⁹⁶ Estos perfiles pueden observarse en la STS de 1-4-1983 (Ar. 3788) cuando se señalaba que “dentro del 54.2 E.T. caben todas las violaciones de los deberes de conducta y cumplimiento de buena fe que el contrato de trabajo impone al trabajador, del que debe destacarse el establecido en el art. 5º) E.T. - cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de buena fe y

tendrá la obligación de obedecerlo²⁹⁷. La sentencia citada vino a consolidar esta doctrina, señalando que los principios de buena fe y de lealtad han de presidir las relaciones recíprocas del empresario con el trabajador, hasta el punto de evitar que el empresario dicte órdenes inadecuadas y no concordes con el mejor servicio de la empresa en cuanto unidad de producción, con la finalidad de que el poder de dirección no se ejercite de una manera arbitraria u omnímoda²⁹⁸.

En relación a las razones justificativas del *ius resistantiae* del trabajador a obedecer las instrucciones empresariales se amplía el criterio, de manera que se incluyen todas aquellas órdenes irregulares que manifiesten un uso abusivo y arbitrario del poder de dirección. En este sentido, la sentencia señala que la empresa no puede acordar el lugar donde el trabajador debe desempeñar en cada momento la prestación de trabajo. A partir de esta sentencia, se ha ido consolidando una línea jurisprudencial que ha legitimado el *ius resistantiae* del trabajador ante cualquier orden empresarial que signifique un uso abusivo del poder del empresario²⁹⁹. De esta forma, la subordinación del trabajador ha de ajustarse estrictamente a los términos del contrato de trabajo y

diligencia”-. También, vid. las STS de 26-4-1985 (Ar. 1926), STS de 18-7-1985 (Ar. 3806), STS 21-9-1985 (Ar. 4339), STS 27-11-1985 (Ar. 5874).

²⁹⁷ Tal como pone de relieve MAZEAUD, A., “La modification substantielle du contrat de travail résultant d’une sanction disciplinaire”, *Droit Social*, nº 1, 1991, pág. 18, en Francia se ha elaborado una doctrina similar, en función de la cual la *Cour de Cassation* ha condicionado la procedencia del despido a que la orden empresarial de la que proviene la desobediencia posea un correcto fundamento. De esta forma, se han perfilado como causas justificativas del *ius resistantiae* del trabajador las órdenes desproporcionadas o injustificadas (*disproportionnée ou injustifiée*).

²⁹⁸ El Tribunal Supremo afirma la existencia del deber del trabajador de cumplir las órdenes recibidas por el empresario aunque las considere desacertadas o incorrectas; ahora bien, existen supuestos en los que se da un uso irregular del poder de dirección empresarial, en los que las órdenes empresariales no tienen que ser obedecidas por no concurrir el requisito de regularidad que hace surgir la obligación de obediencia. Y cita tres ejemplos: en primer lugar, los mandatos del empresario que afecten a derechos irrenunciables del trabajador -al considerar éstos ilegales-; en segundo lugar la concurrencia de circunstancias de peligrosidad, y, en tercer lugar, otras razones análogas que justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa.

²⁹⁹ Vid. las STS de 29 de enero de 1987 (Ar. 298), STS 2-2-1987 (Ar. 747), STS 5-3-1987 (Ar. 1336); STS 31-3-1987 (Ar. 1764); STS 26-5-1987 (Ar. 3879); STS 2-6-1987 (Ar. 4101); STS 9-6-1987 (Ar. 5125); STS 26-11-1987 (Ar. 8069); STS 4-2-1988 (Ar. 572); STS 26-4-1988 (Ar. 3028); STS 19-12-1988 (Ar. 9853); STS 19-9-1989 (Ar. 6461); STS 28-11-1989 (Ar. 8276); STS 28-12-1989 (Ar. 9281); STS 19-2-1990 (Ar. 1111); STS 24-2-1990 (Ar. 1222); STS 29-3-1990 (Ar. 2366); STS 29-6-1990 (Ar. 5544); STS 17-12-1990 (Ar. 9799); STS 23-1-1991 (Ar. 172); STS 15-3-1991 (Ar. 1859). Esta jurisprudencia también se ve reflejada en variedad de sentencias de los diversos Tribunales Superiores de Justicia. A modo de ejemplo, STSJ de Castilla/León de 15-6-1993 (Ar. 2801); STSJ de Galicia de 1-10-1993 (Ar. 4238); STSJ de La Rioja de 6-3-1995 (Ar. 871); STSJ de Galicia de 9-5-1995 (Ar. 1893); STSJ

dentro del marco establecido por la ley, ya que el sometimiento de éste a la disciplina de la empresa resulta de un acto de libertad del trabajador que no implica una sumisión incondicional de su persona, sino el encuadramiento a un orden definido por el contrato y por la ley³⁰⁰. El derecho del trabajador a desobedecer este tipo de órdenes excluye que este incumplimiento pueda llegar a tipificarse como falta constitutiva de despido. Así pues, existe una clara conexión entre el poder de dirección ejercitado de una manera abusiva y la privación al empresario de utilizar su poder disciplinario para sancionar la negativa del trabajador a cumplir una orden arbitraria. En definitiva, la STS de 7 de marzo de 1986 constituye un punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Supremo, al reconocer el derecho del trabajador a desobedecer una orden del empresario dictada de una manera arbitraria y abusando de las atribuciones que el poder de dirección le confiere, sin que dicha desobediencia pueda constituir causa justa de despido disciplinario ex art. 54.2.b) E.T. Con ello, se pone de manifiesto la necesaria conexión entre el poder directivo y el poder disciplinario del empresario, lo que viene a corroborar la necesaria unidad de los mismos³⁰¹.

El hecho de que el art. 15 L.E.T.T. realice una disociación de los poderes empresariales puede tener una notable repercusión en lo que se refiere al derecho del trabajador a desobedecer un mandato empresarial dictado en un uso abusivo del poder de dirección. En este sentido, puede suceder que la empresa usuaria ordene al trabajador llevar a cabo una tarea que afecte a derechos irrenunciables de éste, en la que concurriesen circunstancias de peligrosidad u otras dictadas en manifiesto abuso de derecho, circunstancias que podrían provocar la negativa del trabajador a obedecer. Ante la actitud del trabajador, también podría ocurrir que la empresa usuaria decidiese

de Castilla/León de 24-5-1995 (Ar. 2029); STSJ de la Rioja de 16-5-1996 (Ar. 1499); STSJ de la Comunidad Valenciana de 3-12-1996 (Ar. 4111).

³⁰⁰ En este sentido, DESPAX, M., “L’*évolution du rapport de subordination*”, *Droit Social*, nº 1, 1982, págs 11 y ss. se ha mostrado a favor de que el trabajador puede desobedecer una orden ilícita, inmoral o contraria a las previsiones contractuales sin que le pueda ser imputada una falta por incumplimiento de la misma.

³⁰¹ Tal como señala PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en AA.VV. “Estudios sobre despido disciplinario”, ACARL, Madrid, 1989, pág. 501, “la obediencia debida por el trabajador en el desarrollo del contrato de trabajo tiene que ver esencialmente con las exigencias

poner en conocimiento de la E.T.T. el comportamiento llevado a cabo por el mismo, con la finalidad de que ésta procediese a la sanción correspondiente, esto es, el despido disciplinario a través de la causa establecida en el art. 54.2.b) E.T. En mi opinión, resulta imposible que la E.T.T. pueda realizar una correcta valoración de la conducta del trabajador, al no conocer el concreto alcance de la orden efectuada por la empresa usuaria. La virtualidad que posee el *ius resistendae* del trabajador reside precisamente en que constituye una causa justa de desobediencia de las órdenes emanadas del empresario a través de sus poderes directivos. Por consiguiente, mal puede la E.T.T. calificar el comportamiento del trabajador como constitutivo de falta sin que ésta haya tomado parte en la orden empresarial que ha provocado dicha desobediencia. A pesar de que la L.E.T.T. concede a la E.T.T. la titularidad del poder disciplinario, considero que ésta no puede estar capacitada para imponer las adecuadas sanciones, porque el conocimiento de la orden desobedecida y de la respuesta del trabajador nunca va a tener lugar de una manera directa, sino indirecta, a través de la información que le proporcionen los sujetos realmente han protagonizado la situación conflictiva.

La disociación de poderes entre la E.T.T. y la usuaria rompe, de esta forma, con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se ha hecho referencia con anterioridad. La imputación de una desobediencia en el trabajo lleva a dicha jurisprudencia a exigir, para que aquélla sea sancionada con el despido, que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, por lo que una simple desobediencia que no suponga una actitud abiertamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, no puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo³⁰². La E.T.T. no ejerce las facultades empresariales de dirección en relación con el trabajador puesto a disposición, por lo que se rompe la necesaria correlación necesaria entre la orden impartida y la posibilidad de desobediencia del mismo. Es por este motivo que se requiere una especial prudencia a la hora de valorar la comunicación de la empresa

del poder de dirección del empresario(...). Se trata, a fin de cuentas, de nociones segregadas por la propia causa o razón de ser objetiva (función y estructuras básicas) del contrato de trabajo”.

usuaria en la que se ponga en conocimiento la hipotética infracción del trabajador, puesto que las órdenes de la empresa usuaria podrían estar fuera de las atribuciones regulares de dirección del empresario, al no referirse a facultades directivas u organizativas en relación con el trabajo para las que el trabajador haya sido contratado. Y no toda desobediencia puede constituir causa determinante del despido, sino sólo aquella que, teniendo en cuenta la materia y ocasión en que se produce y las personas implicadas, evidencia una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales -incumplimiento que, además, debe reunir los requisitos de ser grave, trascendente e injustificado-³⁰³.

Es interesante remarcar que la línea jurisprudencial que se ha elaborado en relación al *ius resistentiae* del trabajador destaca esa unidad indivisible entre el poder de dirección y el poder disciplinario, sin que la L.E.T.T. lo haya tenido en cuenta a la hora de quebrar esa necesaria indivisibilidad. Para que una orden se incluya en la competencia directiva de la empresa, no basta que el cumplimiento de la misma esté al alcance del trabajador y beneficie objetivamente los intereses de la empresa, es también preciso que la orden se mueva dentro de la competencia empresarial sin invadir relaciones ajenas a su ámbito de dirección. De ahí que la desobediencia de instrucciones dadas por la empresa fuera del ámbito de su competencia directiva no puede estar comprendida como causa de despido en el art. 54.2 b) E.T. Se rechazan así los argumentos comunitaristas -que únicamente se han considerado en alguna sentencia aislada-³⁰⁴, acogiéndose una opción claramente contractualista en función de la cual la

³⁰² Vid. la STS 19-12-1988 (Ar. 9853).

³⁰³ En la STS de 29-1-1987 se señala que “la ilicitud de la orden de la empresa justifica la negativa a cumplirla por parte del trabajador, especialmente cuando su ejecución implicaba un riesgo nada despreciable para su salud, dada la diferencia existente entre la temperatura de las naves y la que notoriamente es normal en Madrid durante el mes de agosto” incluso aunque el trabajador estuviera prestando servicios para otra empresa, ya que “el trabajo en otra empresa sin que conste su incompatibilidad con el prestado para la recurrida, por concurrencia desleal o por existir un pacto de plena dedicación, no puede considerarse como un quebrantamiento de la buena fe contractual”.

³⁰⁴ Se asumían los rasgos propios de las teorías institucionalistas o comunitaristas en la STS de 14-1983 (Ar. 3788) cuando se señalaba que “dentro del 54.2 E.T. caben todas las violaciones de los deberes de conducta y cumplimiento de buena fe que el contrato de trabajo impone al trabajador, del que debe destacarse el establecido en el art. 5º) E.T. -cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de buena fe y diligencia”-.

orden recibida se ha de circunscribir fielmente a lo pactado en el contrato de trabajo³⁰⁵. En este sentido, puede afirmarse que la distribución de poderes llevada a cabo por la L.E.T.T., además de realizar una opción por una posición comunitarista de la configuración de los poderes empresariales, quiebra la unidad necesaria a la hora de calificar si el posible incumplimiento llevado a cabo por el trabajador posee una fundamentación justa que evite su sanción a través del art. 54.2.b) E.T.

1.3. La difícil adecuación entre la conducta infractora y la infracción tipificada en el convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal.

Al analizar los actos de ejercicio del poder disciplinario es posible distinguir tres momentos cronológicos en los que se desarrolla el mismo. Un primer momento en el que se procede a la abstracta determinación de la conducta sancionable; un segundo momento en el que se establece, también de una manera genérica, la sanción correspondiente y, en tercer lugar, la efectiva imposición de una determinada sanción a una concreta infracción llevada a cabo por el trabajador³⁰⁶. Los dos primeros estadios cronológicos en el ejercicio del poder disciplinario forman parte del contenido general del principio de tipicidad. El principio de tipicidad implicaría que la determinación de las conductas sancionables y las correspondientes sanciones se llevará a cabo a través de los instrumentos que el art. 58 E.T. establece al efecto, es decir, las disposiciones legales y los convenios colectivos que resulten de aplicación. En el tercer estadio cronológico, dentro de los actos de ejercicio del poder disciplinario, es aquél a través del cual el empresario procederá a la concreta individualización de la infracción disciplinaria en función del catálogo de infracciones que previamente han sido objeto de tipificación a través de las disposiciones legales y de la negociación colectiva. El papel que desempeña el empresario en la estimación concreta de la infracción y la correlativa sanción estriba en la valoración de la conducta del trabajador supuestamente infractora y la asignación de la sanción correspondiente, es decir, a través del poder disciplinario se

³⁰⁵ Son significativas la STS 28-12-1989 (Ar. 9281) y la STS 29-6-1990 (Ar. 5543).

³⁰⁶ SPAGNUOLO VIGORITA, L., "Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori", op. cit. pág. 50.

produce una correlación entre las facultades concedidas y el sujeto que las ejerce, de ahí que el empresario aparezca como el sujeto legitimado para determinar el alcance que posee la conducta infractora y para poner en marcha los mecanismos adecuados para su defensa. Por ello, puede predicarse una relación inescindible entre el sujeto que ejerce el poder disciplinario, el que realiza la valoración de la infracción y el que lleva a cabo la atribución de la correlativa sanción, por lo que el sujeto que sanciona es el mismo que individualiza o concreta los hechos que son susceptibles de sanción.

En una relación bilateral típica, no plantea especiales dificultades el reconocimiento de esta necesaria unidad entre el sujeto que procede a la determinación o valoración de la existencia de la conducta infractora y el que asigna la sanción que corresponde a ese incumplimiento. En base a una concepción contractualista del poder disciplinario así ha de mantenerse, teniendo en cuenta que del contrato de trabajo deriva la posibilidad de imponer sanciones al empresario como consecuencia del incumplimiento, en sus propios términos, de las obligaciones nacidas del contrato, e imponiéndose las limitaciones que del contenido concreto de las estipulaciones pactadas se derivan. Ahora bien, en las relaciones en las que interviene una E.T.T. no coinciden, en la misma persona, el sujeto que valora la existencia o no del incumplimiento contractual del trabajador puesto a disposición y el sujeto que ha de sancionarle como consecuencia de dicha infracción. Así se pone de manifiesto en el art. 15.2 L.E.T.T., según el cual el ejercicio de la facultad disciplinaria -derivada del art. 58 E.T.- corresponde a la E.T.T., si bien la empresa usuaria deberá poner en conocimiento de aquélla los incumplimientos contractuales, a fin de que se adopten las medidas sancionadoras correspondientes por parte de la E.T.T.. Así pues, puede observarse que la regulación de la facultad disciplinaria en el art. 15.2 L.E.T.T. supone una quiebra a la unidad necesaria entre el sujeto que valora la comisión de la infracción y el que impone la sanción en función de lo establecido en las normas legales o convencionales aplicables.

Resulta necesario destacar la importancia de las reglas contenidas en el art. 58 E.T.. El citado precepto sólo permite al empresario ejercer su facultad disciplinaria, y por consiguiente sancionar los incumplimientos laborales del trabajador, en función de “la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”. Como consecuencia de la existencia de estas reglas de actuación empresarial, el empresario, a la hora de imponer la sanción al trabajador, debe valorar previamente la adecuación del incumplimiento contractual a la descripción que de la conducta infractora se haya llevado a cabo por la normativa legal o convencional de aplicación. En mi opinión, es imposible que la E.T.T. pueda efectuar un juicio de valor adecuado sobre el alcance del incumplimiento llevado a cabo por el trabajador en la empresa usuaria. Y ello porque la L.E.T.T. no establece ninguna pauta referente a cuál debe ser el convenio colectivo aplicable, si el de la E.T.T. o el de la empresa usuaria. Esta indeterminación legal plantea problemas a la hora de valorar la conducta infractora, ya que difícilmente va a poderse valorar la adecuación entre esta infracción y la conducta tipificada en el convenio colectivo aplicable si no es posible determinar con seguridad cuál de los dos convenios colectivos va a resultar de aplicación.

Parece que la postura más coherente, desde una perspectiva contractualista, sería que el instrumento jurídico de referencia fuese el convenio colectivo de la E.T.T., ya que ésta es la que posee la cualidad de sujeto con el cual el trabajador se encuentra vinculado contractualmente. Asimismo, como empresario formal del trabajador puesto a disposición, también es la E.T.T. la que tiene atribuido el poder disciplinario para determinar cuándo estamos ante un incumplimiento contractual y asignar a ese incumplimiento la correspondiente sanción. De hecho, la mayoría de convenios colectivos de las E.T.T. contienen un catálogo de las conductas infractoras y las correspondientes sanciones aplicables a las mismas³⁰⁷. Ahora bien, aunque se llegue a la

³⁰⁷ Vid. los arts. 46 y 47 del II Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. (B.O.E. 3-3-1997), y los arts. 24 a 28 del Convenio Colectivo de ADIA Intergrupp (B.O.E. 30-8-1994); arts. 33 y 34 de Manpower Team (B.O.E. 1-11-94); arts. 29 a 32 de ECCO, T.T. (B.O.E. 4-11-94); arts. 26 a 30 de Trabajo y empleo de Trabajo Temporal, S.L. (B.O.P. Almería de 19-12-94); arts. 24 a 28 de Nueva Cadegesa (B.O.C. Madrid

conclusión de que la solución a este conflicto debe ser la aplicación del convenio colectivo de la E.T.T., no se despejan los problemas que surgen en relación a la adecuación entre la supuesta conducta infractora y el tipo previsto en el convenio colectivo de la E.T.T.. Y ello porque el hecho de que la prestación de servicios se lleve a cabo en la empresa usuaria, prácticamente imposibilita la correcta y adecuada valoración de la conducta infractora con respecto a aquella que figura tipificada en el convenio colectivo.

Así pues, en el ámbito de las E.T.T. se vulnera el principio de seguridad jurídica no sólo por la incertidumbre en relación al convenio colectivo aplicable a la hora de determinar la infracción y su correlativa sanción, sino también en lo que concierne al modo en que la E.T.T. ha de proceder a la valoración del incumplimiento. Como se ha visto con anterioridad, la técnica normativa del art. 58 E.T. priva al empresario de la posibilidad de proceder unilateralmente a la configuración de las conductas sancionables y de las sanciones correspondientes, remitiendo esta operación a las normas legales o convencionales. Sin embargo, el poder disciplinario posee una carga subjetiva que se manifiesta a la hora de valorar el incumplimiento contractual del trabajador en función de lo previsto en las normas aplicables. Esta facultad de imponer la sanción en base a una estimación personal del empresario se pone de relieve en el art. 58.2 E.T., según el cual “la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente”. Es decir, que en ningún caso cabe una decisión de sancionar tomada de forma arbitraria por parte del empresario, pero sí que ha de admitirse la existencia de elementos subjetivos de valoración a la hora de proceder a la imposición de la sanción por aquél.

24-1-95); arts 27 a 31 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-95); arts. 24 a 28 de Laborman (B.O.E. 2-2-95); art. 35 a 39 de Alta Gestión (B.O.E. 10-2-95); arts. 35 a 39 de Fidelio T.T. (B.O. Navarra 13-2-95); art. 26 a 30 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O. Navarra 15-2-95); arts. 23 a 27 de ADIM, S.A. (B.O.C. Madrid 21-2-95); art. 25 a 29 FASTER Ibérica (B.O.E. 10-3-95); art. 24 a 28 Grup Quatre Selecció (D.O. Generalitat Catalunya 20-3-95); arts. 27 a 29 ELAN, Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-95); art. 24 a 28 de Teamwork (B.O.E. 5-4-95); arts. 26 a 30 Tempo Grup (D.O. Generalitat Catalunya 28-4-95); art. 26 de Servicio y Organización del

El modo de valorar el incumplimiento del trabajador puesto a disposición plantea especiales dificultades en el seno de la peculiar relación triangular, ya que la E.T.T. debe proceder a la estimación o no de la infracción y la sanción en función de una conducta que se ha llevado a cabo en el ámbito organizativo de otra empresa, esto es, de la empresa usuaria. El hecho de que el trabajador no desempeñe la prestación de servicios en la E.T.T. impide la correcta valoración del incumplimiento contractual³⁰⁸, máxime si se tiene en cuenta que la determinación de la existencia o no del mismo, la gravedad del mismo, su tipificación en alguno de los supuestos previstos en la normativa legal o convencional y la entidad y trascendencia de tal incumplimiento son cuestiones de carácter absolutamente particular e individualizado en la que resulta imposible establecer generalizaciones que sirvan a las distintas situaciones, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias que en cada caso concurren, de tal modo que cualquier divergencia o disparidad en esas circunstancias puede ser la razón esencial por la que se aprecie o no la existencia o la gravedad del incumplimiento, tal como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁰⁹.

La L.E.T.T., intentando despejar los problemas que surgen a la hora de la determinación de la existencia de la infracción, asigna a la empresa usuaria la función de poner en conocimiento de la E.T.T. el posible incumplimiento contractual del trabajador. En este punto se plantea la duda sobre si la comunicación del incumplimiento llevada a cabo por la empresa usuaria a la E.T.T. tiene o no carácter vinculante, es decir, si la segunda está obligada a sancionar al trabajador en virtud de las consideraciones y valoraciones efectuadas por la primera. Por una parte, podría pensarse que la comunicación efectuada por la empresa usuaria es vinculante, en base a una

Secretariado (B.O.C. Madrid 1-5-95); arts. 24 a 28 de Gonzal Gestión S.L. (B.O.C. Madrid 1-5-95); arts. 24 a 27 de Bicolán (B.O.E. 24-5-95); arts. 27 a 30 de Consultores de Empleo (B.O.E. 7-6-95).

³⁰⁸ En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, J., “El régimen jurídico en las empresas de trabajo temporal en la Ley 14/1994, de 1 de junio”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, Institut d’Estudis Laborals, Barcelona, 1995, pág. 16.

interpretación analógica de lo establecido en el art. 17 del RDL 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques³¹⁰, ya que el art. 15.2 L.E.T.T. reproduce casi de una manera literal lo previsto para los estibadores portuarios en su normativa de aplicación, si bien con la importante matización de que para estos últimos sí que se reconoce a las empresas estibadoras -que serían las equivalentes a las empresas usuarias- la facultad de llevar a cabo una concreta propuesta de sanción que posee carácter vinculante para la sociedad estatal -que actuaría como una especie de E.T.T. pública-. Por otra parte, es defendible una segunda interpretación que negaría el carácter vinculante de la comunicación llevada a cabo por la empresa usuaria, basándose precisamente en el hecho de que esta concreta previsión -que sí figura en el art. 17 del RDL 2/1986, de 23 de mayo-, no aparece en el art. 15.2 L.E.T.T., por lo que, *a sensu contrario*, cualquier tipo de propuesta de sanción que provenga de la empresa usuaria no vinculará a la E.T.T..

Esta segunda interpretación es, a mi juicio, la más adecuada, de tal forma que de los términos “poner en conocimiento” no puede extraerse la conclusión de que la valoración de la infracción que la empresa usuaria haya llevado a cabo deba ser vinculante a la hora de que la E.T.T. proceda a la efectiva sanción del trabajador³¹¹. Y ello porque, de ser vinculante, el poder disciplinario que el mismo art. 15.2 L.E.T.T. quedaría vacío de contenido si la E.T.T. quedase obligada a sancionar al trabajador en función de las valoraciones tenidas en cuenta por la empresa usuaria. Asimismo, tampoco es posible defender la vinculabilidad de la valoración llevada a cabo por la

³⁰⁹ Vid. las STS de 21-10-1991 (Ar. 7224), STS 23-12-1991 (Ar. 9095), STS de 2-4-1992 (Ar. 2590), STS 18-5-92 (Ar. 3570) y 25-1-96 (Ar. 199), entre otras.

³¹⁰ El párrafo segundo de este precepto -relativo a la facultad disciplinaria de la sociedad estatal- dispone que “en tales supuestos, y sin perjuicio del ejercicio por la sociedad estatal de la facultad disciplinaria atribuida por el art. 58 E.T., cuando una empresa considere que por parte de un estibador portuario se hubiera producido un incumplimiento contractual, lo pondrá en conocimiento de la sociedad estatal a cuya plantilla pertenezca dicho trabajador, a fin de que por dicha sociedad se adopten las medidas sancionadoras correspondientes. *La empresa podrá además efectuar una concreta propuesta de sanción, que tendrá carácter de vinculante para la sociedad estatal*”.

³¹¹ Se muestra partidario de esta segunda interpretación CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., “La reforma laboral de 1994”, op. cit., pág. 103, quien manifiesta que “debe quedar claro que a estos efectos la ETT actúa en términos jurídico-formales con plena libertad de decisión, sin que se vea condicionada por las propuestas que le pueda efectuar la EU sobre el particular”.

empresa usuaria, pues, bajo una perspectiva contractualista del poder disciplinario, el único sujeto que puede ejercer las facultades disciplinarias es el que ostenta la cualidad de empresario en el contrato de trabajo, que, en este caso, es la E.T.T..

Así pues, el problema de la valoración -por parte de la E.T.T.- del incumplimiento del trabajador en la empresa usuaria conlleva un alto grado de dificultad, como consecuencia de la ruptura entre el poder de dirección y el disciplinario que se deriva de la relación triangular, puesto que la E.T.T. difícilmente va a poder valorar una posible conducta infractora del trabajador si los únicos parámetros que posee le vienen dados por el juicio de valor sobre el incumplimiento contractual llevado a cabo por aquél en la empresa usuaria. Y, por otra parte, la empresa usuaria no puede obligar a la E.T.T. a imponer una sanción al trabajador, pues ello corresponde a la esfera de ejercicio del poder disciplinario que, como empresario, le viene atribuido. Resulta, pues, imposible, llevar a cabo un juicio de valor adecuado ante una hipotética conducta infractora sobre la cual la E.T.T. no posee los elementos suficientes para decidir si se corresponde con la descripción de la infracción contenida en el convenio colectivo. En definitiva, el hecho de que exista una separación entre el poder de dirección -atribuido a la empresa usuaria- y el poder disciplinario -asignado a la E.T.T.- contribuye a la existencia de una problemática insalvable en cuanto a la adecuación entre la posible conducta infractora y el tipo previsto en el convenio colectivo.

Precisamente, en virtud de estas dificultades insalvables que posee la E.T.T. para valorar si la actuación del trabajador en la empresa usuaria es merecedora o no de la sanción correspondiente, es por lo que la inmensa mayoría de convenios colectivos de las E.T.T. tipifican de una manera absolutamente genérica las conductas que son constitutivas de faltas laborales³¹². Y así, es frecuente encontrar cláusulas que describen conductas indeterminadas, según las cuales constituyen faltas muy graves “el fraude, la

³¹² Sobre la posible licitud de este tipo de cláusulas genéricas, vid. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, op. cit., pág. 117.

deslealtad y el abuso de confianza de las gestiones encomendadas”³¹³, o bien la reproducción normativa de las causas justificativas del despido disciplinario, como por ejemplo “la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal del trabajo, siempre que no esté motivada por el ejercicio de derecho alguno reconocido por las leyes”³¹⁴ “o “la desobediencia e indisciplina reiteradas en el trabajo”³¹⁵. Así pues, a pesar de que el catálogo de infracciones suele ser bastante amplio, en el sentido de que los listados contienen una variedad notable de conductas infractoras, ello no se corresponde con un nivel de concreción o exhaustividad de las infracciones sancionables. Esta catalogación de cláusulas generales permiten a la E.T.T. una amplia discrecionalidad a la hora de sancionar las actuaciones del trabajador puesto a disposición, constituyendo supuestos encubiertos de remisión a la voluntad de dicha empresa y, por consiguiente, implicando la consolidación de la teoría comunitarista en la que la supremacía de los criterios organizativos empresariales permite al empresario la concreción, a su voluntad de los supuestos objeto de sanción. La definición de las faltas en términos amplios impiden la función tipificadora fundamental del derecho sancionador laboral, al quedar comprendidas en ellas prácticamente cualquier tipo de conducta.

³¹³ Vid. el art. 46 del Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. (B.O.E. 3-31997), el art. 24 del Convenio Colectivo de ADIA Intergrupp (B.O.E. 30-8-1994) art. 29 de Trabajo y Empleo de Trabajo Temporal, S.L. (B.O.P. Almería de 19-12-94); art. 24 de Nueva Cadegea (B.O.C. Madrid 24-1-95); art. 30 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-95); art. 24 de Laborman (B.O.E. 2-2-95); art. 36 de Alta Gestión (B.O.E. 10-2-95); art. 36 de Fidelio T.T. (B.O. Navarra 13-2-95); art. 26 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O. Navarra 15-2-95); art. 23 de ADIM, S.A. (B.O.C. Madrid 21-2-95); art. 26 de FASTER Ibérica (B.O.E. 10-3-95); art. 24 Grup Quatre Selecció (D.O. Generalitat Catalunya 20-3-95); art. 27 de ELAN, Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-95); art. 24 de Teamwork (B.O.E. 5-4-95); art. 26 Tempo Grup (D.O. Generalitat Catalunya 28-4-95); art. 26 de Servicio y Organización del Secretariado (B.O.C. Madrid 1-5-95); art. 24 de Gonzal Gestión S.L. (B.O.C. Madrid 1-5-95); arts. 24 de Bicolán (B.O.E. 24-5-95); art. 27 de Consultores de Empleo (B.O.E. 7-6-95).

³¹⁴ Vid. el art. 46 del Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. (B.O.E. 3-3-1997), y el art. 33 del Convenio Colectivo de Manpower Team (B.O.E. 1-11-94); art. 29 de ECCO, T.T. (B.O.E. 4-11-94); art. 30 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-95); art. 36 de Alta Gestión (B.O.E. 10-2-95); art. 36 de Fidelio T.T. (B.O. Navarra 13-2-95); art. 26 de Servicio y Organización del Secretariado (B.O.C. Madrid 1-5-95); art. 27 de Consultores de Empleo (B.O.E. 7-6-95).

³¹⁵ Vid. el art. 46 del Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. (B.O.E. 3-3-1997), art. 29 de ECCO, T.T. (B.O.E. 4-11-94); art. 27 de Consultores de Empleo (B.O.E. 7-6-95).

En mi opinión, este tipo de cláusulas son de dudosa licitud, puesto que, si partimos de la premisa de la necesidad de que la infracción se encuentre tipificada³¹⁶, esta exigencia no queda cubierta a través del recurso a este tipo de cláusulas genéricas. En definitiva, atribuir de forma indiscriminada al empresario la facultad de determinación de las infracciones a través de este tipo de cláusulas generales, supone asignarle un poder disciplinario omnímodo e ilimitado, que, en base a la teoría contractualista por la que me he decantado, podría resultar un verdadero fraude de ley, pues la *ratio* de la norma cuando se remite a la negociación colectiva no puede resolverse en un listado de conductas vagas o genéricas que impidan al trabajador el conocimiento de aquellas actuaciones en la empresa que pueden constituir infracciones sancionables, atribuyendo *de facto* al empresario el poder de calificar *ex post* el ilícito disciplinario³¹⁷. En base a ello, entiendo que la única opción respetuosa con el principio de tipicidad en materia disciplinaria, obliga a una determinación clara y exhaustiva de los incumplimientos sancionables, así como una graduación de las sanciones en las que debe establecerse la fijación de los grados máximos y mínimos.

Por consiguiente, esa opción por una potestad discrecional del empresario no puede ser utilizada actualmente para justificar la atenuación de la aplicación del principio de tipicidad de las faltas laborales³¹⁸. En todo caso, la agilidad o flexibilidad del poder disciplinario queda suficientemente garantizada a través de la posibilidad de que la tipificación no se lleve a cabo por ley, sino por la normativa sectorial que tome en consideración la rama o sector de actividad a la hora de determinar las conductas a las

³¹⁶ LLUIS Y NAVAS, J., “Los principios comunes del sistema sancionador administrativo y las reglas específicas del sistema laboral (I) y (I)”, *Actualidad Laboral*, nº 43, 1994, pág. 675, aclara la cuestión en el ámbito disciplinario, al matizar que “podría parecer que no se satisface (ni en la Ley 30/1992 ni en la 8/88) en cuanto que la remisión a la norma infringida admite la remisión a disposiciones reglamentarias. Pero no es requisito que resulte evidente de la C.E. y el propio Tribunal Constitucional ha admitido la remisión a normas reglamentarias si tenían apoyatura en otra de rango de ley -STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25-4-81) y STC 83/1990, de 4 de mayo (BOE 30-5-90)-”.

³¹⁷ En este sentido se pronuncia CHIECO, P., “Poteri dell’imprenditore e decentramento produttivo”, *op. cit.*, pág. 233.

³¹⁸ En este sentido, CAMPS RUIZ, L.M., y SALA FRANCO, T., “Legalidad y tipicidad de las infracciones laborales de los empresarios”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 1987, pág. 19 y ss., al valorar la anterior redacción del art. 57 E.T. -en la versión de 1980-, señalan que “en el eventual supuesto de que una de tales disposiciones dejara insuficientemente delimitadas esas acciones u omisiones se habría producido una vulneración -de alcance limitado a ese caso concreto- del principio de tipicidad”.

que puede venir asignada su correspondiente sanción³¹⁹. Como ya se ha visto anteriormente, el art. 58 E.T. no se ocupa de tipificar todas aquellas faltas y sus correspondientes sanciones, atribuyendo dicho precepto la competencia para determinar las infracciones y las sanciones a la negociación colectiva y a las disposiciones legales vigentes, llevando a cabo una atribución de la titularidad para determinar las conductas sancionables y sus correlativas sanciones, excluyendo al empresario de una posible determinación unilateral de las mismas.

De ahí que el principio de legalidad, garantizado suficientemente en el ámbito del poder disciplinario empresarial en base a la existencia del art. 58 E.T., abre paso a la existencia de un principio de tipicidad de las faltas y sanciones, permitiendo que la determinación de las mismas se lleve a cabo por la normativa legal de aplicación y por normas de rango inferior a la ley. Así pues, la determinación de la conducta a la que se vincula la aplicación de una sanción no puede ser discrecional, sino reglada. Por ello, las conductas que pueden dar lugar a incumplimientos contractuales han de encontrarse recogidas en los instrumentos previstos por el art. 58 E.T., y no pueden dar lugar a otras consecuencias que las establecidas en las disposiciones legales o en los convenios colectivos de aplicación. Así, el principio de tipicidad se encuentra fundamentado en una serie de argumentaciones comunes: la interdicción de la arbitrariedad y de la inseguridad jurídica que se produce por el desconocimiento de las conductas que llevan aparejada una sanción, sin cuyo conocimiento es imposible ordenar la propia conducta.

En la medida en que el Estatuto de los Trabajadores no ofrece una tipificación de faltas y sanciones -exceptuando el supuesto del despido disciplinario-, el principio de legalidad “en su vertiente conformadora de los ilícitos y sanciones”³²⁰ da paso al principio de tipicidad de faltas y sanciones, siendo suficiente que la necesaria tipificación se lleve a cabo a través de una norma inferior a la ley, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento sancionador penal y administrativo. Este reconocimiento en

³¹⁹ Vid. CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “El régimen disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 63.

³²⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 153.

la norma sustantiva se ve reforzado a través de su reiteración en el ámbito procesal, al establecer el art. 115.2 del TRLPL que “será nula la sanción cuando consista en alguna de las legalmente prohibidas o no estuviera tipificada en las disposiciones legales o en los convenios colectivos”. La necesidad de que exista una previsión de las conductas objetivamente sancionables, así como una graduación previa a la decisión del empresario a través de las disposiciones legales y los convenios colectivos, se confirma en el párrafo 1º del art. 115 TRLPL, al establecerse que, en el proceso de impugnación de sanciones, la sentencia contendrá, como posibles pronunciamientos, los siguientes: la confirmación de la sanción -cuando se haya acreditado su entidad, valorada según la graduación de faltas y sanciones-, revocarla -cuando no haya sido probada la realidad de los hechos imputados o no sean constitutivos de falta- y revocarla en parte -cuando la falta no haya sido adecuadamente calificada-. Por consiguiente, el empresario no goza de discrecionalidad a la hora de atribuir a un incumplimiento su correspondiente sanción, sino que debe ajustarse a la previsión de conductas y sanciones graduadas en función de su gravedad.

A pesar de lo anteriormente expuesto, de optarse por la tesis comunitarista del los poderes empresariales, no existiría ningún inconveniente para poder justificar la separación entre el poder de dirección y el poder disciplinario que lleva a cabo el art. 15 L.E.T.T. En esta línea se ha pronunciado un sector de la doctrina francesa³²¹ e italiana, según la cual la regulación del poder disciplinario en el Estatuto de los Trabajadores Italiano otorga una gran relevancia a la estructura organizativa de la empresa, puesto que las reglas disciplinarias en ésta se elaborarán ateniéndose a cuanto “en la materia esté establecido en los acuerdos y contratos de trabajo, donde existan”, con lo cual únicamente se pretende subrayar la obligación del empresario de uniformar, en función de lo dispuesto en las disposiciones contractuales colectivas, la determinación en materia de infracciones y sanciones, determinación que es libre dentro del marco fijado

³²¹ ORTSCHIEDT, “Droit disciplinaire et Droit du licenciement”, *Droit Social*, nº 1, 1978, pág. 11. SINAY, H., “Le statu juridique des cadres dirigeants”, *Droit Social*, nº 1, 1982, pág. 74, señala que en el Derecho Francés resulta posible investir a otro sujeto -que no sea el empresario- tanto del poder de dirección como del disciplinario. Es el caso de los “cadres dirigeants”.

por el Estatuto de los Trabajadores -cuya regulación es poco rigurosa, abarcando únicamente la regulación de la reincidencia y de la publicidad formal del listado de infracciones- y del art. 2.106 del Código Civil Italiano³²². Para estos autores, quedarían salvados así todos aquellos obstáculos que he señalado anteriormente derivados de la separación entre el poder disciplinario y el poder de dirección entre la E.T.T. y la empresa usuaria.

Sin embargo, bajo la concepción contractualista de los poderes empresariales por la que he optado, el esquema diseñado en la L.E.T.T. podría constituir, también en el ámbito disciplinario una limitación de los derechos del trabajador, ante lo cual el ordenamiento constitucional no puede permanecer al margen³²³. No hay que olvidar que los poderes públicos se encuentran implicados en el sistema sancionador laboral a través de una posible revisión -por parte de los diversos órganos jurisdiccionales- de las sanciones impuestas por el empresario. En consecuencia, aunque el poder disciplinario es una facultad a imponer por un sujeto de derecho privado, los tribunales pueden entrar a valorar posteriormente la procedencia de la misma. Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 125/1995, de 24 de julio³²⁴, el carácter punitivo de las sanciones disciplinarias laborales y sus posibles consecuencias motivan tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario. Asimismo, hay que tener en cuenta que la eficacia entre privados de los derechos fundamentales resulta conveniente en un sistema de garantías contra las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales por parte de los sujetos de derecho privado, a pesar que el origen histórico del principio de legalidad previsto en el art. 25 C.E. sea la protección de la esfera de libertad de los ciudadanos

³²² SPAGNUOLO VIGORITA, L., “Il potere disciplinare dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori”, op. cit. pág. 51.

³²³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en AA.VV. (coord. BAYLOS, A. y APARICIO, J.), “Autoridad y democracia en la empresa”, op. cit., pág. 32, señala que “el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineluctablemente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales”.

³²⁴ (BOE 22-8-1995).

frente posibles agresiones que provengan del poder sancionatorio del que están dotados los poderes públicos.

Por otra parte, es importante resaltar que la garantía del principio de legalidad proclamada en el art. 9.3 C.E. y la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad y de la seguridad jurídica constituyen valores que informan nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, principios que se manifiestan a lo largo de todas las relaciones jurídicas que se desarrollan en el complejo marco de las relaciones entre privados, y que adquieren relevancia en el desenvolvimiento de las potestades privadas, como es el poder disciplinario empresarial. En este sentido, el fundamento de la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico desde la Constitución no sólo es consecuencia del principio de jerarquía normativa, sino que también guarda estrecha relación con el principio de seguridad jurídica en su conexión con los principios básicos de unidad y coherencia, que exigen una interpretación coordinada de todo el sistema normativo y la necesidad de reducir las antinomias que puedan producirse en los preceptos que lo integran³²⁵. La Constitución ostenta, una supremacía hermenéutica en relación al resto del ordenamiento jurídico, tal como señala el Tribunal Constitucional alemán al acuñar el principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución (*die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*)³²⁶. De ahí que el reconocimiento del principio de legalidad en el ámbito privado haya sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 69/1983, de 26 de julio³²⁷, el cual, a pesar de rechazar su aplicación a

³²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, op. cit., pág. 95; PÉREZ LUÑO, A., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, op. cit., pág. 282 señala que la interpretación conforme a la Constitución “es un criterio material que enjuicia el contenido de las normas y su conformidad con el contenido de la Constitución en su conjunto, o sea, con el sistema de valores, principios y normas que deben informar todo el ordenamiento jurídico”. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado a favor de la interpretación de las normas “desde la Constitución”, adquiriendo ésta el papel de criterio hermenéutico -STC 9/1981, de 31 de marzo, (BOE 14-4-81)-.

³²⁶ En palabras de ROMAGNOLI, U., “Weimar, ¿y después?, en AA.VV. (coord. BAYLOS, A. y APARICIO, J.), “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992, pág.21, “con Weimar, la constitución deja de ser únicamente la ley suprema del Derecho público, reguladora de las relaciones entre Estado y ciudadanos; se convierte también en la ley fundamental del Derecho privado, reguladora de las relaciones entre ciudadanos privados”.

³²⁷

través del art. 25 C.E., sostiene su aplicabilidad en base de su reconocimiento como principio general del derecho en el art. 9.3 C.E.

1.4. La ruptura con los principios básicos del derecho sancionador.

Del análisis del poder disciplinario en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, no sólo se plantean problemas en orden a la adecuación entre la posible conducta infractora y las faltas y sanciones tipificadas como tales en el convenio colectivo de la E.T.T. Esta distribución de poderes -resultado del peculiar esquema triangular predicable entre el trabajador, la E.T.T. y la empresa usuaria-, pone de relieve la dificultad de dar cumplimiento a principios esenciales del ordenamiento sancionador, como sería el caso del principio de inmediatez y el principio de proporcionalidad, tal como se analizará a continuación.

1.4.1. El principio de inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario y la prescripción de las faltas laborales.

El principio de inmediatez implica que el ejercicio del poder disciplinario ha de realizarse de manera inmediata, una vez conocido el incumplimiento que lo justifica. Este principio se fundamenta en el principio general de la buena fe, el cual obligado respeto al principio de buena fe no sólo se deriva del hecho de que éste constituye un principio general del derecho, sino también por el carácter normativo de los arts 7.1 y 1258 C.C., el primero de ellos relativo a la necesidad de ejercitar los derechos en base a las exigencias de la buena fe y el segundo como principio básico informador de la teoría general de los contratos. Asimismo, no hay que olvidar que el sometimiento de las prestaciones recíprocas del trabajador y empresario han de someterse a este principio, tal como dispone el art. 20.2 E.T. Así pues, el principio de buena fe, materializado en la

inmediatez del ejercicio del poder disciplinario debe utilizarse como criterio de control de la discrecionalidad empresarial³²⁸.

Por su parte, la prescripción de las faltas se configura como el instrumento jurídico al servicio del principio de inmediatez en el ejercicio de la facultad disciplinaria, de forma que una situación consentida por la empresa durante largo tiempo no puede ser considerada repentinamente de suficiente gravedad como para provocar la sanción que el empresario pretende aplicar al trabajador. Este principio ha sido reconocido en el ámbito de la normativa internacional, concretamente en el art. 10 de la Recomendación 166 de la O.I.T. y en los arts. 7 y 11 del Convenio 158 de la O.I.T. Según el primero de los preceptos citados, “se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período de tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta”. El instituto de la prescripción cumple así la función de garantizar la seguridad jurídica del trabajador, en aras a que no tenga que someterse indefinidamente a la posibilidad de ser sancionado por el empresario, penalizando la pasividad del sujeto que se encuentra legitimado para sancionar³²⁹. El art. 60 E.T. regula, en su párrafo segundo, los plazos de prescripción de las faltas laborales. Su duración se hace depender de la gravedad de la falta, de tal forma que, cuanto más grave es ésta, mayor es el plazo de prescripción de la misma, prescribiendo las faltas leves a los diez días, las graves a los veinte y las muy graves a los sesenta desde la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión -plazos ordinarios de prescripción-, y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido -plazo extraordinario-.

³²⁸ RABANAL CARBAJO, P., “El principio de inmediatez y la progresividad en la aplicación de las sanciones disciplinarias”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 1996, pág. 1567 señala que “ninguna expectativa jurídica puede tenerse en situación de eterna pendencia, y en el caso del poder disciplinario empresarial, es especialmente necesaria la certeza jurídica sobre las consecuencias de la comisión de un hecho sancionable”.

³²⁹ STS 27-3-1986 (Ar. 1616).

El primero de los interrogantes que surgen como consecuencia de la peculiar relación trilateral se plantea en relación a quién de los dos empresarios debe entenderse que ha de ser el que debe tener conocimiento de la falta al objeto de poder proceder al cómputo del plazo de prescripción, si la E.T.T. o bien la empresa usuaria. Un problema parecido -pero con algunas matizaciones importantes- se ha planteado la doctrina en relación a los supuestos en los que el empresario ha delegado las facultades sancionadoras en otra persona, señalándose que la negociación colectiva ha optado por el criterio de asignar dicho conocimiento a quien en la Empresa tiene la facultad de sancionar o despedir, es decir, la dirección de la empresa. En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha manifestado que “el día inicial para el cómputo de la prescripción es el del conocimiento pleno y cabal de los hechos *por quien tiene la facultad de sancionar*”³³⁰. Este criterio de atribución del conocimiento de la infracción a la persona que ha de imponer la sanción ha sido criticado por la razón de que, si se ha llegado a admitir la posibilidad de delegar la facultad disciplinaria, lo lógico sería que se aceptase que el conocimiento lo alcanzase aquél sujeto que deba ejercer dicha facultad, ya sea originaria o delegada³³¹.

El problema adicional que se plantea en las E.T.T. es que no es la empresa usuaria la que tiene una facultad sancionadora delegada, sino que la E.T.T. ostenta tanto la titularidad como el ejercicio del poder disciplinario, por lo que no puede hablarse aquí de una delegación de facultades. Lo que ocurre es que la empresa usuaria es la que debe poner en conocimiento la comisión de la infracción, para que sea la de trabajo temporal la que adopte las medidas sancionatorias correspondientes, como consecuencia de que el trabajador desempeña su prestación laboral en la primera de ellas. Así pues, nos encontramos con un problema ante el cual se plantean dos tipos de interpretaciones posibles. Por una parte, si se atiende únicamente al sujeto que ostenta la facultad empresarial -la E.T.T.- sería este sujeto el que debe llegar al conocimiento de la infracción llevada a cabo por el trabajador. La otra interpretación posible consistiría en

³³⁰ Vid. las STS 29-9-1986 (Ar. 5194) y la STS 22-5-1996 (Ar. 4607).

³³¹ CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “El régimen disciplinario en la empresa”, op. cit. , pág. 251.

entender que el plazo de prescripción empieza a contar a partir del momento en que la empresa usuaria es consciente del incumplimiento del trabajador. Esta segunda opción posee el inconveniente de que la empresa usuaria no detenta poder disciplinario alguno, por lo que estaríamos ante la paradoja de que la institución de la prescripción inseparablemente unida al poder disciplinario empresarial, se aplicaría en referencia a un sujeto -la empresa usuaria- que no ostenta la cualidad de empresario formal del trabajador.

A mi juicio, existen fundadas razones que aconsejan que los plazos de prescripción se empiecen a computar a partir del momento en que la empresa usuaria ha tenido conocimiento de la infracción. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el principio de inmediatez fundamenta su razón de ser en el principio de buena fe y de seguridad jurídica³³², implicando éste que el transcurso del tiempo debe condicionar y determinar el ejercicio del poder disciplinario empresarial, puesto que el trabajador no puede quedar indefinidamente expuesto a la posibilidad de ser sancionado. No estamos ante un conflicto entre el interés del trabajador, por un lado, y la dinámica empresarial, por otro, que pudiera llegar a aconsejar la opción más adecuada a los criterios organizativos empresariales, sino que estamos en presencia de un principio -el de seguridad jurídica- que posee la cualidad de informar el conjunto del ordenamiento jurídico laboral y que viene impuesto en base al art. 9.3 C.E., cuestión que debe prevalecer sobre cualquier otro tipo de consideraciones adicionales. En segundo lugar, ello puede llevar a la empresa usuaria a llevar a la práctica determinados comportamientos irregulares. Y así, podría darse el caso de que dicha empresa, aun teniendo conocimiento del hipotético incumplimiento del trabajador, no lo pusiese en conocimiento de la E.T.T. con la finalidad de someter al trabajador a una subordinación absoluta ante cualquier tipo de orden empresarial.

En mi opinión, este tipo de conductas que pueden producirse en el ámbito de las E.T.T. no resultan coherentes con la fundamentación del principio de inmediatez,

puesto que resulta contrario al mismo que sobre el trabajador recaiga la amenaza de una sanción durante largo tiempo, sin hacerla efectiva pero sin renunciar a su ejercicio, todo ello con una finalidad eminentemente coactiva -lograr la sumisión de aquél a las órdenes e instrucciones empresariales-. Ello constituye una conducta claramente abusiva cuya consecuencia es la indefensión del trabajador, resultado completamente opuesto a la razón jurídica del principio de inmediatez. También podría suceder que la empresa usuaria se retrasara a la hora de poner en conocimiento de la E.T.T. la infracción cometida por el trabajador, por lo que, al empezarse a contar el plazo desde el momento en que la empresa usuaria conoció el incumplimiento, dicha tardanza puede llegar a hacer surgir problemas en la relación entre ésta y la E.T.T., ya que pueda haber transcurrido ya el plazo de prescripción de la falta. Asimismo, podría darse el supuesto de que la empresa usuaria comunicase sin dilación el posible incumplimiento laboral del trabajador, pero que la E.T.T. dejase transcurrir el período de tiempo que se necesita para que el trabajador pueda hacer valer los plazos de prescripción.

Ahora bien, en casos como los expuestos -en los que tiene lugar una actitud dilatoria de cualquiera de las dos empresas con respecto a la otra- la solución no puede consistir en empezar a contar el plazo de prescripción desde el momento en que la E.T.T. tuvo conocimiento, ya que esto supondría que recaerían en el trabajador las consecuencias derivadas de actuaciones irregulares de las dos empresas, con la consiguiente vulneración al principio de inmediatez, lo cual debe rechazarse por los argumentos expuestos con anterioridad. Sin embargo, es cierto que pueden llegar a plantearse para las empresas problemas añadidos como consecuencia de la relación trilateral, puesto que, como se ha visto, entra en juego un tercer sujeto que todavía introduce más confusión al régimen disciplinario general. Ahora bien, a mi juicio, lo lógico es que la solución provenga del sistema común de responsabilidades entre las dos empresas, en base al vínculo contractual que une a ambas, esto es, el contrato de puesta a disposición, recurriendo a la responsabilidad contractual por daños y perjuicios del art. 1124 del Código Civil.

³³² GIL y GIL, J.L., "La prescripción de las faltas laborales", MTSS, Madrid, 1993, pág. 68.

Por otra parte, la necesidad de que el cómputo del plazo de prescripción tenga lugar desde que la empresa usuaria tenga conocimiento de los mismos se pone de manifiesto si se analizan las pautas seguidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a los plazos ordinarios de prescripción³³³. Dicho Tribunal ha sentado el criterio de que la fecha en que se inicia el plazo no es aquella en la que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de la falta cometida, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, el momento del cómputo se fijará en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos³³⁴. Así pues, es necesario un conocimiento indubitado en relación a la responsabilidad y la culpa, para lo cual se permite que el empresario se sirva de todos aquellos instrumentos que sean de utilidad para la comprobación de la irregularidad. A partir del momento en el que las investigaciones hayan concluido, es cuando el empresario -según la jurisprudencia citada- puede proceder al ejercicio de su facultad disciplinaria³³⁵. No se considera que se ha llegado al conocimiento pleno y exacto ni en la fecha en que se iniciaron las indagaciones ni en la que se advirtieron las anomalías, aun en los casos en los que el empresario haya adoptado una medida precautoria -como la suspensión preventiva-, puesto que no se considera que este hecho suponga un conocimiento indubitado de todos los hechos que constituyen la falta.

Partiendo de estos criterios sentados por la jurisprudencia, resulta difícil que la E.T.T. posea un conocimiento cabal, pleno y exacto de la conducta infractora cometida por el trabajador en la empresa usuaria si se piensa que el trabajador desempeña la prestación de servicios en esta última. El principio de inmediatez predicable del ordenamiento sancionador no queda garantizado si se tiene en cuenta que, además de los

³³³ La dificultad a la hora de establecer el momento del cómputo del plazo de prescripción ya se puso de manifiesto por DURÁN LÓPEZ, "La prescripción de las faltas de asistencia o puntualidad del trabajador tras la ley de Relaciones Laborales", Revista de Política Social, nº 119, 1978, pág. 252.

³³⁴ Entre otras, vid. las STS de 29-9-1986 (Ar.5194), STS de 24-11-1989 (Ar. 8506), STS 15-4-1994 (Ar. 3243), STS 26-12-1995 (Ar. 9845), STS 22-5-1996 (Ar. 4607), STS 12-6-1996 (Ar. 5063).

³³⁵ ALBIOL MONTESINOS, I., "El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa", op. cit., pág. 33.

inconvenientes habituales que pueden surgir de la interpretación por la que ha optado el Tribunal Supremo, el lapso de tiempo que necesita la E.T.T. para la comprobación de la infracción cometida en la empresa usuaria se amplía necesariamente como consecuencia de que se multiplican los estadios cronológicos que necesita la primera de ellas para llegar al conocimiento indubitado de la conducta infractora. Así, en el supuesto normal de una relación bilateral típica se pueden diferenciar tres momentos previos al cómputo del plazo de prescripción: en primer lugar, aquél en el que se produce la comisión de la falta, un segundo momento en el que la empresa posee un conocimiento de la misma y un tercero en el que la empresa realiza las averiguaciones necesarias con la finalidad de conocer exactamente el alcance de la infracción. Sin embargo, en los casos en que el trabajador ha sido contratado por una E.T.T. pueden distinguirse cinco fases: la primera de ellas vendría dada por el momento en el que se comete la supuesta infracción; una segunda fase en la que la empresa usuaria tiene conocimiento de la misma; una tercera en el que la empresa usuaria tiene un conocimiento exacto y cabal de la conducta infractora a los efectos de ponerlo correctamente en conocimiento de la E.T.T.; la cuarta fase se consumaría en el momento en que la empresa usuaria comunicara a la de trabajo temporal la actuación irregular del trabajador y, por último, un quinto momento en el que esta última realiza las oportunas indagaciones en aras a comprobar la veracidad de la conducta infractora.

En mi opinión, la única forma en la que puede salvaguardarse el principio seguridad jurídica que se trata de tutelar con el instituto de la prescripción³³⁶ sería empezar el cómputo del plazo a partir del momento en que la infracción del trabajador haya llegado al conocimiento de la empresa usuaria. Lo contrario podría llevar a la consecuencia de que la E.T.T. siempre podría alegar no poseer un conocimiento exacto y pleno de la infracción cometida por el trabajador, ya que éste desempeña la prestación

³³⁶ Tal como apunta GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo: su prescripción; la repetición de las faltas y la aplicación del principio *non bis in idem*”, Revista de Política Social, nº 139, 1983, pág. 253, “razones de seguridad jurídica obligan a que ni quede al arbitrio del empresario ni, aun dejándolo a la obra de las normas sectoriales, éstas fijen períodos tan amplios de tiempo que quede el trabajador sometido a la posibilidad de ser sancionado por faltas cometidas con mucha antelación”.

de servicios en otra empresa, lo que dificulta notablemente la investigación del alcance de la conducta infractora. Por ello, se hace aconsejable que el sujeto que debe alcanzar el conocimiento de la falta ha de ser la empresa usuaria. Partiendo de esta premisa, pueden plantearse nuevamente dos posibles interpretaciones en relación al momento del cómputo concreto de dicho plazo: bien entender que basta con que ese conocimiento sea genérico, o bien optar porque el mismo sea cabal, exacto y preciso. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya se ha visto anteriormente, es bastante difícil que se admitiese el cómputo a partir de un conocimiento genérico o superficial de la infracción, ya que la jurisprudencia mayoritaria se ha decantado por la segunda de las interpretaciones, a pesar de que, a mi juicio, la primera de ellas es más respetuosa con el principio de inmediatez.

En los supuestos en los que el trabajador es contratado por una E.T.T., la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado en relación al sujeto del cual debe predicarse el conocimiento de la infracción. Anteriormente se han expuesto las razones en virtud de las que la interpretación menos respetuosa con el principio de inmediatez sería aquella según la cual el cómputo de los plazos empezaría a partir del momento en que la E.T.T. tuviese constancia de la infracción del trabajador. Esta interpretación no sólo menoscaba los fundamentos sobre los que se sustenta el principio de inmediatez, al prolongar excesivamente el período temporal desde que el trabajador cometiese el supuesto incumplimiento. Ahora bien, lo más probable es que la jurisprudencia se pronunciase en favor de que sea la E.T.T., puesto que, como ya he manifestado con anterioridad, el Tribunal Supremo se ha decantado a favor del conocimiento pleno de los hechos por quien tiene facultad de sancionar. Además, la asunción de la teoría del cómputo del plazo desde que la E.T.T. tuviese conocimiento de la infracción, podría llevar a situaciones no deseables en las que la interposición que lleva a cabo la E.T.T. podría hacerse servir en interés de la misma con la finalidad de dilatar en el tiempo los plazos prescriptivos. Es decir, podría alegarse por la E.T.T. la necesidad de profundizar más en las indagaciones sobre la infracción cometida por el trabajador únicamente con la finalidad de intentar retrasar la operatividad de los plazos de prescripción. En mi

opinión, este tipo de situaciones fraudulentas podrían, en gran manera, evitarse si el cómputo se iniciase a partir del momento en que la empresa usuaria se percatase del incumplimiento del trabajador, si bien ello es difícil considerando que la E.T.T. es el empresario formal del trabajador puesto a disposición y que, además, ostenta tanto la titularidad como el ejercicio del poder disciplinario.

Ahora bien, aun acogándose la opción de que sea la E.T.T. la que deba tener la constancia de la falta cometida, este tipo de conductas -en las que la demora en la aplicación de la sanción es intencionada- implican una evidente contravención del deber de buena fe al que ha de someterse el empresario en virtud del art. 20.2 E.T., por lo que, a mi juicio, no habría ninguna dificultad para aplicar a este tipo de actos la construcción jurídica del retraso desleal. El retraso desleal es una institución que surge en el ámbito del Derecho Civil, y que requiere, junto a la omisión del ejercicio de derecho, que la conducta omisiva haga inadmisibles y abusivos el ejercicio posterior del mismo. Se concibe el retraso desleal como un supuesto de aplicación del principio que prohíbe la actuación contra los actos propios (*venir contra factum proprium*)³³⁷, puesto que una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de esta forma, es la exigencia de un comportamiento coherente³³⁸, lo que significa que, cuando una persona ha suscitado con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe, no debe defraudar la conducta suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella³³⁹. En el Derecho Alemán, esta figura (*Verwirkung*) se ha aplicado en el Derecho del Trabajo por la doctrina y la jurisprudencia, que sostienen que la buena fe impone al empresario que haga uso de su poder disciplinario tan pronto

³³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Prólogo a la sanción disciplinaria en la empresa”, de CREMADES, B., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, pág. 28, ya sostuvo que “el comportamiento concluyente del empleador que, sabida una falta, no la sanciona de inmediato, debería dar lugar en principio mediante la aplicación de la doctrina de los actos propios a una liberación del trabajador de toda responsabilidad disciplinaria por dicha conducta conocida y consentida”.

³³⁸ Según MAIRAL, H.A., “La doctrina de los propios actos y la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 4, “la buena fe implica un deber de coherencia en el comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever”.

³³⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 142, sostiene la exigencia de tres requisitos para poder aplicar la figura del retraso desleal: la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un cierto período de tiempo y que el ejercicio posterior aparezca como desleal e intolerable.

como haya conocido la causa justificativa del mismo, por lo que un retraso intencionado en la decisión de sancionar puede crear la confianza de que no se haya tenido en cuenta la falta, lo cual es contrario al principio general de la buena fe³⁴⁰. Concebido en estos términos, resulta, a mi juicio, aplicable el retraso desleal a los supuestos en los que la E.T.T., aun conociendo que el trabajador ha cometido la infracción, se aprovecha de su condición de sujeto interpuesto para poder alegar la ausencia de un conocimiento pleno y exacto de la conducta de aquél, al objeto de retrasar al máximo la aplicación del instituto de la prescripción. Puede apreciarse, por consiguiente, una conducta de la E.T.T. que podría despertar la confianza en el trabajador puesto a disposición en el hecho de que el poder disciplinario no se iba a ejercitar, lo cual constituye un abuso de derecho manifiesto ante el cual el ordenamiento jurídico laboral no puede quedar impasible. En conclusión, si el poder disciplinario no se ejercitase por la E.T.T. de forma razonablemente inmediata, el ejercicio ulterior supondrá un retraso desleal, es decir, una vulneración de la regla que veda toda actuación contraria a los propios actos³⁴¹.

En cuanto al plazo de prescripción amplio, señala el art. 60.2 E.T. que las faltas prescribirán en todo caso a los seis meses de haberse cometido. Por consiguiente, en el supuesto que nos ocupa, la prescripción surtirá efectos a los seis meses de haberse cometido la infracción en la empresa usuaria. Ahora bien, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que el cómputo de la prescripción de las faltas laborales que se cometan fraudulentamente, con ocultación y eludiendo los controles del empresarios, no se inicia hasta que éste tenga conocimiento de los hechos y, por tanto, pueda ejercer las facultades disciplinarias³⁴². En este sentido, entiendo que hay que ser

³⁴⁰ BOEHMER, G., "El derecho a través de la jurisprudencia", traducción al castellano de PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona, 1959, pág. 261.

³⁴¹ Más cauteloso con la aplicación de la figura del retraso desleal se manifiesta GIL Y GIL, J.L., "La prescripción de la falta laboral continuada: observaciones críticas (I) y (II)", *Actualidad Laboral*, nº 27, 1993, pág. 502, según el cual "la aplicación del retraso desleal ha de realizarse con las necesarias prevenciones y cautelas, que derivan del carácter extraordinario y subsidiario que, generalmente, se le atribuye".

³⁴² Esta doctrina se contiene en las STS 26-5-1992 (Ar. 3608), STS 24-9-1992 (Ar. 6809), STS 3-11-1993 (Ar.8536), STS 25-6-1990 (Ar. 5513), STS 27-1-1990 (Ar. 224), STS 20-9-1988 (Ar. 6928), y Auto del T.S. de 20-3-1996 (Ar.2304).

especialmente cauto en lo que haya de entenderse por ocultación, ya que en la relación triangular en la que interviene la E.T.T. resulta difícil que ésta pueda llevar a cabo un seguimiento adecuado de la conducta del trabajador puesto a disposición. En consecuencia hay que tener especial precaución en no confundir la dificultad que supone para la E.T.T. conocer con exactitud la conducta infractora del trabajador y aquellos casos que, en base a una encubrimiento intencionado de la falta y con la finalidad de eludir los controles del empresario, constituyan verdaderamente supuestos de ocultación.

1.4.2. El principio de proporcionalidad entre las faltas y sanciones.

El principio de proporcionalidad posee una notable incidencia a la hora de proceder a la caracterización de los incumplimientos laborales que preceden al ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario. Dicho principio queda plasmado en la mayoría de sentencias que resuelven las reclamaciones por despido. Tal como señala el Tribunal Supremo, *“los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con especial conocimiento del factor humano”*³⁴³. El principio de proporcionalidad nace y se desarrolla en el ámbito del Derecho Penal como límite al *ius puniendi* del Estado y supone la garantía de la adecuación entre las penas y los hechos antijurídicos, pasando posteriormente al Derecho Administrativo en donde también se impone como requisito de legitimidad de la intervención administrativa sancionadora una estricta correspondencia entre el supuesto de hecho generador de la intervención, los medios a emplear y los fines a alcanzar³⁴⁴.

³⁴³ Vid. la STS de 20-2-1991 (Ar. 854).

³⁴⁴ Tal como matiza FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Principio de proporcionalidad”, en “Enciclopedia jurídica básica”, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3781, estos tres elementos deben situarse en un mismo nivel de intensidad, lo que obliga a ponderar las circunstancias en presencia y

La doctrina penalista ha señalado que el principio de proporcionalidad indica que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, para lo cual influye fundamentalmente la gravedad intrínseca del hecho -por el grado de desvalor del resultado y de la acción- así como la gravedad extrínseca -el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción-³⁴⁵. En Derecho del Trabajo posee más trascendencia el primer aspecto que el segundo, es decir, la gravedad intrínseca del hecho susceptible de sanción, lo que viene dado por la entidad del perjuicio causado y la intencionalidad presente en el hecho, pasando la gravedad extrínseca a un segundo plano. De ahí que este principio pueda ser matizado en función de las características de nuestra disciplina, lo que no significa que haya de ser eliminado del derecho laboral sancionador, puesto que, tal como señala la STC 50/1995, de 23 de febrero³⁴⁶, constituye “un principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad (que) se opone frontalmente a la arbitrariedad”. La incidencia de este principio cobra una especial relevancia en relación con el despido, en cuanto que éste supone una ruptura definitiva del contrato de trabajo y constituye la más grave sanción que el empresario puede imponer a los trabajadores, lo que implica que su utilización se reserve para la sanción de incumplimientos contractuales que por su intensidad e intencionalidad resulten menos tolerables o compatibles con las existencias del vínculo laboral³⁴⁷.

Tal como ha sido señalado con anterioridad, el empresario es el titular de la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca

a moderar en todo caso la respuesta en razón de la exacta dimensión del problema que con ella pretende resolverse”.

³⁴⁵ Así lo pone de manifiesto LUZÓN PEÑA, D.M., “*Ius puniendi*: límites”, en “Enciclopedia jurídica básica”, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3781.

³⁴⁶ (BOE 31-3-95). Vid., asimismo, la STC 125/1995, de 24 de julio (BOE 22-8-1995), en la que se afirma que “el correcto ejercicio del poder disciplinario, que se halla sometido a límites semejantes a los que, por preceptuarlo así la CE de 1978, ha de respetar la potestad punitiva del Estado, aunque se hallen recogidos en normas de rango legal: así como v.gr., los representados por la tipicidad y proporcionalidad”.

³⁴⁷ En este sentido, LUJÁN ALCARAZ, J., “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela, 1997, pág. 23.

la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones. El principio de proporcionalidad, a la hora de ejercer el poder disciplinario del empresario, exige a éste una correlación entre los hechos que imputa al trabajador y la sanción a imponer. En el momento de proceder a la tipificación de las faltas, es necesaria una graduación de las mismas en leves, graves y muy graves en función de una serie de criterios cuales son la intención, la importancia del incumplimiento, la trascendencia del mismo y la reincidencia³⁴⁸. De ahí que antes de ejercer el poder disciplinario, el empresario deberá proceder al análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción³⁴⁹. Así, el poder disciplinario del empresario no constituye una facultad ilimitada, sino que debe obedecer a las exigencias impuestas por los principios generales aplicables al contrato de trabajo³⁵⁰. Por una parte, la aplicación del principio de proporcionalidad vendrá justificada por las exigencias de la buena fe (art. 7.1 y 1258 C.C.), lo cual obliga a que el empresario haya de supeditar la decisión sancionadora a la individualización en el caso concreto de los hechos susceptibles de incumplimiento, lo que “impide una aplicación meramente mecanicista y rigorista de la correspondiente tabla de faltas y sanciones”³⁵¹, además de “proporcionar una base teórica sumamente útil para facilitar el ulterior control judicial de lo actuado por el empresario”³⁵². En segundo lugar, la

³⁴⁸ CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “El régimen disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 180 y ss.

³⁴⁹ Tal como señala la STS de 2-4-1992 (Ar. 2590), para que las infracciones tipificadas en el art. 54.2 E.T. lleguen a erigirse en causa de gravedad suficiente que justifique la sanción de despido, “han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos (...), ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente”. En este mismo sentido, vid. las STS 14-10-1987 (Ar. 6999); STS 8-10-1988 (Ar. 8107); STS 11-5-1988 (Ar. 5732); STS 18-7-1988 (Ar. 6171); STS 23-5-1996 (Ar. 4611); STS 22-11-1996 (Ar. 8989); STS 15-1-1997 (Ar. 33); STS 16-1-1997 (Ar. 499); STS 29-1-1997 (Ar. 641); STS 28-4-1997 (Ar. 4223); STS 29-5-1997 (Ar. 4472); STS 14-7-1997 (Ar. 5572).

³⁵⁰ La proporcionalidad, tal como se configura por TATARELLI, M., “I poteri del datore di lavoro privato e pubblico”, CEDAM, Padova, 1996, págs. 69-70, constituye un requisito de legitimidad sustancial de la sanción, de forma que la valoración de la infracción del trabajador no puede nunca efectuarse en abstracto, sino en función de una serie de circunstancias, entre otras las referentes “alla natura e qualità del rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte, all’incidenza della violazione sull’ambiente di lavoro”.

³⁵¹ LUJÁN ALCARAZ, J., “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario”, op. cit., págs. 26-27.

³⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 310.

prohibición del abuso de derecho justifica la aplicación del criterio gradualista y de proporcionalidad de las faltas y sanciones laborales, al proscribir todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho (art. 7.2 C.C.).

Si se trasladan las consideraciones anteriormente expuestas al esquema trilateral de las E.T.T., podrán apreciarse una vez más los múltiples problemas aplicativos que surgen en este ámbito y que impiden una correcta traslación del principio gradualista y del principio de proporcionalidad de las faltas y sanciones laborales en los supuestos en los que el trabajador es contratado a través de este tipo de empresas. Tal como se ha señalado anteriormente, el principio de proporcionalidad implica la consideración de las circunstancias concretas que concurren en el momento de la comisión del incumplimiento contractual por parte del trabajador. Según dispone el art. 15 L.E.T.T., es la E.T.T. la que ha de ejercer la facultad disciplinaria, tras haber comunicado la empresa usuaria el incumplimiento contractual. Ello dificulta notablemente el adecuado conocimiento de las circunstancias que concurren en el presunto incumplimiento contractual, puesto que, la E.T.T. nunca podrá tener un conocimiento directo de la conducta imputada al trabajador. La E.T.T. únicamente puede llegar al conocimiento de los hechos a través de la información solicitada -bien a la empresa usuaria, bien a ésta y al trabajador-, para intentar realizar una correcta valoración de la conducta infractora.

En cualquier caso, el hecho de que no se produzca una coincidencia en la misma persona entre sujeto legitimado para atribuir la sanción y el que posee el conocimiento de los datos necesarios para la imposición de la misma plantea determinados problemas en relación con el principio de proporcionalidad. La E.T.T. no posee un conocimiento completo de las circunstancias personales del trabajador, así como de los comportamientos precedentes y coetáneos que han sido considerados por la empresa usuaria como merecedor de una concreta sanción, lo cual resulta especialmente grave en los supuestos en los que el incumplimiento haya sido estimado como muy grave y, en

consecuencia, sancionado con el despido, que constituye la sanción más grave a imponer por parte del empresario. Cabe destacar, en este punto, que la jurisprudencia ha insistido en la aplicación del principio de proporcional los supuestos de despido³⁵³. En mi opinión, el principio de proporcionalidad exige que la E.T.T. se introduzca en el terreno de la revisión del poder de dirección ejercido por parte de la empresa usuaria durante el tiempo en que el trabajador ha venido prestando sus servicios para ésta, pues ésta es la única forma de valorar si la infracción cometida por el trabajador lleva aparejada una sanción adecuada al incumplimiento cometido por el trabajador puesto a disposición. Para ello, resulta necesario que la E.T.T. se introduzca en un ámbito -el ejercicio del poder de dirección- que el art. 15.1 L.E.T.T. atribuye a la empresa usuaria, lo cual vuelve a poner de manifiesto las contradicciones y disfuncionalidades que nuevamente surgen de la separación entre el poder de dirección y el poder disciplinario entre la empresa usuaria y la E.T.T. respectivamente.

El principio de proporcional no solamente requiere una mera comprobación formal de la adecuación entre la falta y la sanción en función de la norma aplicable en materia de faltas y sanciones, sino que también exige un control de la valoración que de las mismas ha llevado a cabo la empresa usuaria como presupuesto para su decisión sancionadora. De ahí que la E.T.T. deba proceder a un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas que se atribuyen por parte de la empresa usuaria al trabajador, para lo cual ha de examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de las faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso concreto. Esta obligación de la E.T.T. de proceder a un análisis valorativo en relación a la adecuación entre la falta y la sanción puede justificarse en base a una interpretación analógica de la doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en la STS de 11 de octubre de 1993 (Ar.

³⁵³ Vid. STC 114/1989, de 22 de junio (BOE 24-7-1989).

A modo de ejemplo, señala la STS 23-6-1992 (Ar. 4614) que “el criterio gradualista con que es necesario abordar el enjuiciamiento de un despido disciplinario, buscando la adecuada proporción entre la supuesta infracción y la gravedad de la sanción que se impone, en atención a la persona, al momento y circunstancias en que se emplean las expresiones de que se trata, para valorar el alcance de las mismas.

9065). El citado Tribunal insiste en el papel de los jueces en una valoración de fondo de dicha adecuación, señalando la necesidad de que los tribunales valoren el correcto ajuste entre el incumplimiento y la sanción correspondiente.

En mi opinión, si el juez está facultado para entrar a valorar las circunstancias que han sido determinantes en la decisión de la imposición de la sanción, con más motivo debe corresponder al titular del poder disciplinario -la E.T.T.- un análisis exhaustivo y valorativo de dichas circunstancias. De esta forma, corresponderá a la E.T.T., como empresario que es del trabajador y como sujeto al cual corresponde la facultad disciplinaria -según el art. 15.2 L.E.T.T.-, la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro de la graduación que establezca la correspondiente normativa reguladora del régimen de faltas y sanciones. Así pues, la E.T.T. puede estimar excesiva la sanción propuesta por la empresa usuaria, procediendo a la recalificación de la infracción en función de la gravedad de la misma.

En definitiva, desde la perspectiva unitaria de los poderes empresariales por la que he optado, no todo incumplimiento laboral cometido por el trabajador cedido ha de ser necesariamente constitutivo de falta, sino que será necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de obtener así una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho infractor, la persona y la sanción. Así pues, el principio de proporcionalidad aplicado a las relaciones entre la E.T.T. y el trabajador exigirá que en el momento de la determinación de la sanción aplicable dicha empresa deberá llevar a cabo una ponderación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción en la empresa usuaria y la sanción a aplicar por la E.T.T.. Esta última, en el momento de sancionar, no puede hacerlo por cualquier incumplimiento del trabajador, sino sólo con respecto a aquéllos que reúnen las características suficientes para merecer el calificativo de faltas. Por consiguiente, la valoración de las circunstancias concurrentes supone, también en el ámbito de las E.T.T., un límite

Vid., en este sentido, las STS 10-12-1991 (Ar. 9050), STS 20-3-1991 (Ar. 1884), STS 14-7-1992 (Ar. 7363), STS 17-3-1992 (Ar. 1658), STS 11-10-1993 (Ar. 9065), STS 29-1-1997 (Ar. 641).

necesario tanto a la hora de valorar la concurrencia de la falta como en el momento de determinar el grado de gravedad de la misma, lo que es imprescindible cuando la E.T.T. deba imponer la sanción adecuada. De esta forma, como criterios determinantes a la hora de que la E.T.T. proceda a aplicar la sanción por el incumplimiento del trabajador en la empresa usuaria, deberán tenerse en cuenta los siguientes: la intencionalidad, la importancia y trascendencia del incumplimiento, la reincidencia y las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Es más, para la calificación de los actos calificados normativa o convencionalmente como incumplimientos laborales, han de analizarse éstos en su realidad, momento y efectos, con consideración del trabajo a que afectan y de la personalidad del trabajador al que se imputan³⁵⁴.

La valoración de las circunstancias concurrentes no resulta posible, en mi opinión, si no se tienen en cuenta todos y cada uno de los elementos que han rodeado la ejecución de la prestación de servicios del trabajador puesto a disposición en la empresa usuaria, de tal modo que resulta imposible conocer, por ejemplo, la intencionalidad o la trascendencia del incumplimiento si únicamente se valora la conducta del trabajador de forma aislada y sin tener en cuenta los datos que resulten de interés para determinar el alcance de la falta. La consideración del poder disciplinario como poder limitado resulta incompatible, pues, con una concepción autónoma de dicho poder -tal como está configurada en el art. 15 L.E.T.T.-, pues con ello se corre el peligro de configurar la potestad sancionatoria como mera potestad punitiva que posee el empresario con el fin de lograr el mantenimiento del orden interno de la empresa³⁵⁵, lo cual sería aceptable desde la concepción institucionalista o comunitarista de los poderes empresariales³⁵⁶, pero es contraria a la posición contractualista por la que me he decantado a lo largo de este capítulo. Por consiguiente, en el momento de valorar adecuadamente todos estos datos, resulta necesario apreciar la conducta del trabajador dentro del conjunto de las

³⁵⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G., "Diligencia y negligencia en el cumplimiento", Centro de Estudios Constitucionales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 388.

³⁵⁵ LÓPEZ, J., "La facultad de dirección", op. cit., págs. 19 y ss.

³⁵⁶ CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G., "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 271, apuntan, al referirse a la concepción del poder disciplinario por los defensores de la tesis institucional, que éste

órdenes e instrucciones empresariales que ha impartido a éste la empresa usuaria en el desarrollo de su prestación laboral.

Tal como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la cuestión adquiere una especial importancia si se toman en consideración las particularidades del despido en función de las especiales exigencias previstas en el art. 54.1 E.T., especialmente en lo referente al requisito de que el incumplimiento del trabajador haya de ser grave y culpable. Para poder apreciar la *gravedad* de la infracción, resulta determinante el conocimiento de la práctica seguida en la empresa con anterioridad al hipotético incumplimiento del trabajador. Según la doctrina del Tribunal Supremo, si la empresa no concede una especial trascendencia a una determinada conducta del trabajador, la reiteración de esta tolerancia constituirá un uso de empresa que irá más allá de lo puramente interpretativo, insertándose en el sinalagma de la relación laboral, y que no podrá dejar de aplicarse sorpresivamente con la finalidad de sancionar al trabajador por esa conducta que previamente ha sido aceptada por la empresa o sancionada de una forma más leve que el despido³⁵⁷. Por otra parte, y siendo necesario el requisito de la *culpabilidad*, no constituirán incumplimientos sancionables con el despido aquellos supuestos en los que “falta el conjunto de condiciones psíquicas que constituyen el presupuesto de la imputabilidad, es decir, la capacidad de entendimiento y la libertad de decisión”³⁵⁸. Tomando en consideración esta doctrina del Tribunal Supremo, resulta difícil poder concluir que pueda existir un correcto y adecuado conocimiento por parte de la E.T.T. de lo que viene constituyendo en este punto tanto el uso de empresa como las condiciones personales del trabajador que rodean el supuesto incumplimiento

tendría como finalidad “la represión de la violación, por parte del trabajador, de sus deberes con la comunidad profesional, de la que forma parte y cuyo funcionamiento compromete”.

³⁵⁷ Tal como señala la STS de 20-2-1991 (Ar. 854), “ello equivale a un ejercicio abusivo de sus facultades disciplinarias y un atentado al deber de buena fe que se deben ambas partes”, a propósito de la valoración por la empresa como constitutivas de despido las faltas de asistencia y puntualidad de un trabajador, cuando dicho comportamiento no venía siendo sancionado con el despido, sino que originaba el descuento del salario correspondiente al tiempo no trabajado. Vid., en este sentido, la STS 31-5-1984 (Ar. 3102); STS 20-1-1987 (Ar. 82); STS 5-7-1988 (Ar. 5760); STS 28-6-1988 (Ar. 5483); STS 27-6-1988 (Ar. 5472); STS 3-5-1988 (Ar. 3539); STS 2-2-1988 (Ar. 560); STS 20-1-1987 (Ar. 82); STS 20-10-1989 (Ar. 7305); STS 19-10-1989 (Ar. 7300); STS 24-9-1990 (Ar. 7040); STS 16-1-1990 (Ar. 128); STS 14-6-1991 (Ar. 7168); STS 17-3-1995 (Ar. 2385).

³⁵⁸ STS de 11-5-1988 (Ar. 3605).

contractual, cuestiones directamente relacionadas con el ejercicio del poder de dirección, correspondiente a la empresa usuaria en virtud de la asignación que lleva a cabo el art. 15.1 L.E.T.T.. Se pone así de manifiesto las dificultades que surgen a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad cuando no coincide en la misma persona el sujeto que impone la sanción y el que ha valorado previamente la conducta susceptible de ser sancionada.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y EL TRABAJADOR.

En el Capítulo anterior se ha puesto de manifiesto que la triple relación que se crea entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria hace resurgir las teorías comunitaristas de los poderes empresariales, especialmente dada la importancia que posee la organización en la que se integra el trabajador puesto a disposición, que se materializa en la asignación del poder de dirección y control en la empresa usuaria. También se ha puesto de manifiesto que la plasmación de este tipo de teorías en la relación triangular en la que interviene la E.T.T. no constituye la opción más respetuosa con los derechos del trabajador derivados del contrato de trabajo, ni tampoco con un sistema participativo en el que la autonomía colectiva debería jugar un papel primordial, dada la consagración de un Estado social y democrático de derecho como es el consagrado en el art. 1 C.E. El retorno a estos esquemas comunitaristas, más propios de regímenes políticos corporativistas que de un Estado pluralista, se puede constatar si se analizan las instituciones que integran el contrato de trabajo.

En el presente Capítulo se procede al estudio de dichas instituciones, para intentar poner de relieve que la única vía para poder salvaguardar los mencionados principios constitucionales es la revalorización del papel del contrato de trabajo como instrumento limitador de los poderes de la empresa usuaria, intentando así una recuperación de la concepción contractualista de los poderes empresariales en este tipo de relación trilateral en la que interviene la E.T.T. A ello hay que añadir la necesaria

atribución de responsabilidades que corresponde a la empresa usuaria, dada la posición de sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador, con la finalidad de impedir que las E.T.T. puedan constituir un mecanismo de interposición cuyo objeto sea la elusión de las responsabilidades que el ordenamiento laboral atribuye al empresario como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador.

I. LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

1. La forma del contrato.

En el art. 10.2 L.E.T.T. se señala que los contratos entre la E.T.T. y el trabajador “deberán celebrarse por escrito, en los términos que reglamentariamente se determinen”. Curiosamente, a lo largo del trámite parlamentario no se formularon enmiendas relativas a este punto, lo cual resulta bastante inexplicable si se tiene en cuenta la preocupación de los diferentes grupos parlamentarios en relación al establecimiento de menciones mínimas que debían aparecer en el contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria. En el art. 15 R.E.T.T. se reitera la obligación de formalizar este contrato por escrito -añadiéndose que deberá hacerse por triplicado- y se regulan los contenidos mínimos que deberá contener dicho contrato. En este punto, se realiza una distinción según el trabajador haya sido contratado por la E.T.T. a través de un contrato de duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición, o bien haya sido contratado por tiempo indefinido. En el primero de los supuestos, el contrato de trabajo debe contener los datos relativos a las partes contratantes -especialmente aquellos relativos a la autorización administrativa de la E.T.T.-, los datos identificativos de la empresa usuaria, la causa del contrato de puesta a disposición, el contenido de la prestación laboral, los riesgos profesionales del puesto de trabajo, la duración estimada del contrato de trabajo, el lugar y horario del mismo y la remuneración convenida³⁵⁹.

³⁵⁹Art. 15.

2. El contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá, como mínimo, los siguientes datos:

a) Identificación de las partes contratantes, haciendo constar en el caso de la empresa de trabajo temporal el número de autorización administrativa, y su vigencia temporal, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

b) Identificación de la empresa usuaria, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

Si el contrato es por tiempo indefinido, nos encontramos con la peculiaridad de que los contenidos de la prestación laboral van a ir cambiando según el trabajador vaya a ser puesto a disposición a las diferentes empresas usuarias. Debido a estas especiales circunstancias que se dan en la prestación laboral de estos trabajadores, aunque la E.T.T. formalice un único contrato con el trabajador por tiempo indefinido, es por lo que el reglamento de desarrollo ha contemplado en este punto la obligación de proporcionar al trabajador la correspondiente orden de servicio, donde ha de identificarse la empresa usuaria, la causa del contrato de puesta a disposición, el contenido de la prestación, los riesgos profesionales del puesto de trabajo, el lugar y el horario de trabajo.

En cuanto a la obligación de hacer constar -tanto en el supuesto de que el trabajador sea contratado por tiempo determinado como por tiempo indefinido- los riesgos profesionales del puesto de trabajo, ello es lógica consecuencia del art. 28.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, según el cual la empresa usuaria debe informar a la E.T.T. y ésta a los trabajadores puestos a disposición “antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas”. El hecho de que el contrato de trabajo deba contemplar los datos relativos al contenido de la prestación laboral -art. 15.d) R.E.T.T.- supone dar cumplimiento al deber de información sobre las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y,

-
- c) Causa del contrato de puesta a disposición.
 - d) Contenido de la prestación laboral.
 - e) Riesgos profesionales del puesto de trabajo.
 - f) Duración estimada del contrato de trabajo.
 - g) Lugar y horario de trabajo.
 - h) Remuneración convenida.

3. Cuando el trabajador haya sido contratado por tiempo indefinido se le deberá entregar, cada vez que preste servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que se indicará:

- a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios.
- b) Causa del contrato de puesta a disposición.
- c) Contenido de la prestación laboral.
- d) Riesgos profesionales del puesto de trabajo a desempeñar.
- e) Lugar y horario de trabajo.

por otra parte, la mención a los riesgos profesionales del puesto de trabajo -art. 15.e)- también implica dar satisfacción a la obligación prevista en el art. 28.5 de la Ley 31/1995.

La obligación de que estos datos se proporcionen por escrito al trabajador a través del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. es necesaria como instrumento para la defensa de los intereses del trabajador, que tiene derecho a conocer las condiciones y elementos esenciales que van a regir su relación laboral. Precisamente, la Directiva 91/533/CEE, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo, establece una regulación bastante detallada del deber empresarial de informar por escrito al trabajador de las condiciones sustanciales o principales del contrato de trabajo, a las que denomina “elementos esenciales del contrato de trabajo”³⁶⁰, mandato que ha sido plasmado en el art. 8.5 ET, según el cual “cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”. La L.E.T.T. ha sido más exigente en este punto y ha establecido la obligación de formalizar el contrato de trabajo por escrito y con las menciones contenidas en el art. 15 R.E.T.T., sea cual sea la duración del contrato, lo cual es lógico si se piensa en la precariedad a la que están sometidos estos trabajadores, precariedad que viene dada principalmente por la corta duración que tienen las misiones a las que son enviados los trabajadores temporales, que en muchas ocasiones va a ser inferior a cuatro semanas³⁶¹. Asimismo, esta obligación es imprescindible para que sea posible una eficaz asignación de

³⁶⁰ Los datos que se imponen obligatoriamente por la Directiva 91/533/CEE figuran en el art. 2.2 de la misma, y se pueden agrupar de la siguiente forma: 1) Los sujetos o partes de la relación laboral; 2) El trabajo pactado en sus aspectos cuantitativo y cualitativo; 3) La duración de la relación laboral; 4) La retribución del trabajo; 5) El lugar de trabajo; 6) Las fuentes de regulación de la relación laboral. Vid. MARTÍN VALVERDE, A., “La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1992, pág. 186.

³⁶¹ Precariedad añadida a la que ya poseen los trabajadores temporales contratados directamente, tal como señalan SEGURA, J.; DURÁN, F.; TOHARIA, L.; BENTOLILA, S., “Análisis de la contratación

responsabilidades en los supuestos en los que alguna de las empresas incumpla las obligaciones que les impone la L.E.T.T..

En caso de incumplimiento³⁶² de la obligación de celebrar por escrito el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, ello puede generar dos tipos de sanciones. El art. 19.1.a) L.E.T.T. califica como infracción laboral leve “no cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato temporal”, y el art. 19.2.a) califica como infracción grave “no formalizar por escrito los contratos de trabajo previstos en esta Ley”, además de la tipificación general como infracción grave que el art. 95 ET realiza para aquellos contratos que no hayan sido formalizados por escrito.

El incumplimiento de la forma escrita plantea consecuencias importantes en lo que concierne a la duración del contrato de trabajo. En este sentido, el art. 8.2 ET establece que deberán realizarse por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal, señalando en el último inciso los efectos que para el empresario tiene el incumplimiento de la forma escrita en los contratos que obligatoriamente deben someterse a ella, esto es, “el contrato se presumirá celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”. Siendo obligatorio que el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador haya de celebrarse por escrito, por así establecerlo expresamente el art. 10 L.E.T.T. y el art. 15 R.E.T.T., será aplicable dicho precepto, y, además, las consecuencias que establece el mismo afectarán únicamente a la E.T.T., sin extenderse a la empresa usuaria, la cual -además de no haber sido responsable de la infracción- carece de los medios necesarios para controlar el cumplimiento de dicha obligación³⁶³.

temporal en España”, MTSS, Madrid, 1991, págs. 39-48.

³⁶² En el ordenamiento francés, PETIT, M., “Le travail temporaire. Les pratiques et leur justification judiciaire”, *Droit Ouvrier*, marzo-abril, 1981, pág. 135, y DOROY, F., “Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage”, *Droit Social*, nº 6, 1984, pág. 550, señalan que estaríamos ante un supuesto de “marchandage” de mano de obra (art. 125-3 del Code du Travail).

³⁶³ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en España”, Tirant lo

Ahora bien, nos encontramos con un problema derivado de las peculiaridades que surgen como consecuencia de la propia naturaleza temporal de la puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria, pues éste es cedido para la cobertura provisional de un puesto de trabajo en dicha empresa, por lo que resulta sencillo para la E.T.T. destruir la presunción legal *iuris tantum* de que el contrato es por tiempo indefinido atendiendo simplemente a la naturaleza temporal o urgente que tienen las necesidades de la empresa usuaria. Así pues, las circunstancias que rodean este tipo de relación laboral ponen de manifiesto la facilidad que podrá tener la E.T.T. para acreditar la naturaleza temporal de la prestación, ya que ésta puede justificar su voluntad de contratar temporalmente al trabajador en base a que la contratación se ha llevado a cabo para cubrir temporalmente un puesto de trabajo en la empresa usuaria. De ahí que, en estos casos, comparto la opinión que se manifiesta en contra de que se rompa la presunción *iuris tantum* atendiendo exclusivamente al carácter temporal de las necesidades de la empresa usuaria, y exigiendo que la prueba de la temporalidad se efectúe en relación con las circunstancias organizativas de la E.T.T. y la cuantía y contenido del conjunto de contratos de puesta a disposición celebrados por ésta³⁶⁴.

Las previsiones del Derecho Comunitario en materia de trabajo temporal ha ido progresivamente reduciendo las menciones obligatorias que debe contener el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición. Así, en un primer momento, la Propuesta de Directiva en materia de trabajo temporal de 7 de mayo de 1982 preveía el deber de indicar en el contrato de trabajo una serie de contenidos mínimos, a saber: la naturaleza del contrato a realizar, el lugar de ocupación y el horario de trabajo, la remuneración convenida y las indemnizaciones a las que el trabajador temporal tiene derecho (art. 5). Posteriormente, la Propuesta Modificada de Directiva de 3 de abril de 1984 eliminó las menciones relativas al lugar de ocupación y horario de

Blanch, Valencia, 1994, pág. 105.

³⁶⁴ Según CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 78, “una interpretación diversa sería contraria al art. 8.2 ET, pues supondría introducir lo inverso, una presunción legal de que todo contrato de trabajo no escrito con una empresa de trabajo temporal es de carácter temporal”.

trabajo (art. 5). El último eslabón de esta regresiva evolución lo constituye la Propuesta de Directiva relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de 29 de junio de 1990, en la que únicamente se establece que “el empresario deberá indicar en el contrato de trabajo temporal sus motivos para recurrir a este tipo de relaciones laborales” (art. 2.4). Si se compara la previsión comunitaria en este punto con la regulación de los diferentes países de nuestro entorno europeo, puede extraerse la conclusión de que esta materia se trataba de forma mucho más detallada que en la Propuesta de Directiva de 29 de junio de 1990, destacando la Ley Alemana de 1972 (art. 11), la Belga de 1987 (art. 17) y, especialmente, el *Code du Travail* francés (art. 124-4)³⁶⁵.

2. La obligación de registrar el contrato de trabajo en la Oficina de Empleo.

El último inciso del art. 10 L.E.T.T. obliga a registrar en la Oficina de Empleo los contratos de trabajo celebrados entre la E.T.T. y el trabajador en el plazo de los diez días siguientes a su celebración. Debido a que los contratos celebrados por una E.T.T. deben celebrarse por escrito, la mención en el art. 10 L.E.T.T. a la obligación de registro es reiterativa si se tiene en consideración que el art. 16.1 ET obliga a los empresarios “a registrar en la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, los contratos que deban celebrarse por escrito”. No obstante, se reitera dicha obligación a los efectos del “necesario conocimiento del mercado de trabajo”, según el punto 2.a) de la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación. Con respecto al plazo de 10 días, se trata de días hábiles, siguiendo lo preceptuado en el art. 48.1 de la Ley 30/1992, de 26

³⁶⁵ La regulación del art. L. 124-4 del *Code du Travail* Francés es la más completa de todos los países europeos, conteniendo las siguientes menciones mínimas:

1º) Las menciones enumeradas en el art. L. 124-3 para el contrato de puesta a disposición (nombre, dirección y actividad de la empresa usuaria, nombre y cualificación de aquellos trabajadores cuyo contrato haya sido extinguido por causas económicas durante los doce meses anteriores y para los que se proyecta la sustitución, y justificación de la necesidad de recurrir al trabajador temporal).

2º) La cualificación del trabajador.

3º) Las modalidades de la remuneración devengada por el trabajador, incluyendo las de la indemnización por empleo precario a la que alude el art. L. 124-4-4.

4º) En su caso, el período de prueba, en las condiciones previstas en el art. L. 124-4-1.

5º) Una cláusula de repatriación del trabajador, a cargo de la E.T.T. si la misión se realiza fuera del territorio nacional.

6º) El nombre y dirección de las entidades de previsión social de la E.T.T..

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común³⁶⁶. Partiendo de lo señalado por la L.E.T.T., este plazo empieza a computarse desde que tenga lugar la concertación del contrato, esto es, desde que se celebre por escrito³⁶⁷.

A pesar de que la L.E.T.T. no tipifica en el Capítulo V -Infracciones y Sanciones- la calificación que ha de darse a la infracción del deber de registro de los contratos efectuados por la E.T.T., será de aplicación supletoria la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (L.I.S.O.S.), por expresa mención del art. 18 L.E.T.T.³⁶⁸, que establece que dicha Ley será de aplicación en lo no previsto por la L.E.T.T.. De forma que, según el art. 26.5 de la L.I.S.O.S. constituirá infracción leve el no registrar el contrato en la Oficina Pública de Empleo “en los casos en los que estuviera establecida la obligación de registro”.

³⁶⁶Según la Circular Interna de la Subdirección General de Promoción de Empleo de enero de 1994, por la que se formulan los criterios de interpretación del Decreto-Ley 18/1993, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (Relaciones Laborales, nº 5-6. 1994, págs. 264-265).

³⁶⁷ Sobre este punto, señalan CASAS BAAMONDE, M^a.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo”, Relaciones Laborales, nº 6-7, 1994, pág. 14, que “el *dies a quo* del plazo es el del inicio de la relación laboral, salvo que su formalización escrita sea anterior al comienzo de la prestación de servicios, en cuyo caso el plazo correrá a partir de la celebración (esto es, de la firma) del contrato”.

³⁶⁸ Según el cual “sin perjuicio de lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que en todo caso se aplicará en lo no previsto en la presente Ley, serán responsables de las acciones u omisiones contrarias a esta norma las E.T.T. y las empresas usuarias respecto de las obligaciones que para unas y otras se establecen”.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

1. El contrato de puesta a disposición.

El contrato de puesta a disposición es aquél contrato de naturaleza mercantil³⁶⁹ celebrado entre la E.T.T. y la usuaria, y cuya finalidad es la de regular las condiciones de la cesión temporal del trabajador a esta última. El art. 6.1 L.E.T.T. lo define como “el celebrado entre la E.T.T. y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél”. Se configura como un contrato normado en todos sus elementos -subjetivo, objetivo, causal y formal-, no pudiendo ser alterados por la autonomía colectiva o individual³⁷⁰.

Hay que tener en cuenta que requisito indispensable para la validez del contrato de puesta a disposición es que la empresa usuaria debe de solicitar los servicios de una E.T.T. cuando con ello pretenda suplir puestos de naturaleza temporal, pero nunca indefinida. La temporalidad de la puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria es justamente uno de los elementos que diferencian a este tipo de relaciones frente al modelo del trabajo subordinado común o típico, y así, «el trabajo temporal va a suponer la prestación temporal de servicios profesionales para la satisfacción de necesidades también temporales de mano de obra de las empresas clientes»³⁷¹.

³⁶⁹ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español», Revista de Trabajo, nº 74, 1984, pág. 27; BORRAJO DACRUZ, “Las empresas de trabajo temporal. Actualidad del tema”, Actualidad Laboral, nº 15, 1993, pág. 262.

³⁷⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. M. Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995, pág. 86.

³⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», op. cit., págs. 87 a 94.

1.1. Supuestos en los que se prohíbe la celebración del contrato de puesta a disposición.

Está expresamente prohibida la celebración de contratos de puesta a disposición en una serie de supuestos mencionados en la L.E.T.T.. Cada uno de dichos supuestos se debe a una serie de causas distintas que van a ser analizadas a continuación.

1.1.1. Esquirolaje.

El primer supuesto en que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición es “para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”. Dicho precepto contempla, pues, la prohibición del recurso al esquirolaje externo³⁷² realizado a través de la puesta a disposición de un trabajador por parte de la E.T.T. a la empresa usuaria, con la finalidad de suplir a los trabajadores huelguistas por el tiempo que dure la huelga, supuesto de exclusión que también contemplan la mayoría de países europeos, incluso en los que se contiene una regulación más permisiva -como el Reino Unido-³⁷³. Esta exclusión es una proyección en la L.E.T.T. del art. 6.5 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977³⁷⁴ (en adelante, R.D.L.R.T.), que prohíbe, de manera genérica, la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado nº 7 de este artículo, referido al incumplimiento de la obligación de garantizar los servicios mínimos.

La mención expresa a esta prohibición por parte L.E.T.T. no es, en absoluto, superflua. Hay que tener presente que la redacción del art. 6.5 del R.D.L.R.T. había

³⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las empresas de trabajo temporal en España”, op. cit., pág. 86, relaciona este apartado con la prohibición del esquirolaje interno establecida por la jurisprudencia constitucional, de tal modo que “no se podrán contratar los servicios de una empresa de trabajo temporal para sustituir trabajadores no huelguistas, pero que están siendo utilizados para sustituir a los que sí secundan el paro. En general, hay que entender que no se podrán utilizar trabajadores de empresas de trabajo temporal para equilibrar en una empresa usuaria el volumen de empleo afectado por una huelga”.

³⁷³ A modo de ejemplo, esta prohibición se establece en el Code du Travail francés (art. L-124.2.1.), en la Employment Agencies Act británica de 1973 (art. 9.11), en la Ley belga de 1987 y en la Ley holandesa de 1991.

planteado problemas interpretativos en relación a si la prohibición de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros incluía también los supuestos de contratas o subcontratas con otras empresas de obras o servicios. Esta cuestión había sido resuelta por una parte de la doctrina laboralista³⁷⁵ desde una perspectiva teleológica, manteniendo que este supuesto atenta contra la finalidad de la huelga de la misma forma que sucede cuando la empresa contrata directamente a trabajadores interinos con el fin de suplantar a los huelguistas. Así pues, la cuestión determinante para este sector doctrinal era la protección de la eficacia del ejercicio legítimo del derecho de huelga, y no el hecho de quién ostente realmente la condición de empleador. En este sentido, la prohibición expresa en la L.E.T.T. del supuesto objeto de análisis merece una valoración positiva, puesto que se han evitado las posibles dudas interpretativas que podrían haber surgido por el hecho de que el verdadero empresario del trabajador puesto a disposición no es el empresario contra el que va dirigida la huelga, sino la E.T.T.. Así pues, se aprecia que la intención por parte del legislador al redactar el art. 8.a) era la protección de la finalidad reivindicativa de los trabajadores huelguistas ante una posible vía de sustitución de éstos por parte del empresario, al igual que las previsiones de la Propuesta de Directiva de 7 de mayo de 1982³⁷⁶ y la posterior Propuesta modificada de 3 de abril de 1984³⁷⁷ y siguiendo la línea de la mayoría de países de nuestro entorno europeo³⁷⁸.

Surge la duda sobre si la prohibición analizada comprende también los supuestos de esquirolaje interno. Esta situación podría producirse en los casos en los que la empresa usuaria recurriese a los servicios de una E.T.T. para cubrir las vacantes que surjan como consecuencia de la sustitución interna de los trabajadores huelguistas por trabajadores de la propia plantilla de la empresa usuaria que no han secundado la huelga y aceptan cubrir los puestos de trabajo de los huelguistas. En mi opinión, la prohibición establecida por el

³⁷⁴ B.O.E. 9 de marzo.

³⁷⁵ En este sentido, vid. ALBIOL MONTESINOS y SALA FRANCO, "Derecho Sindical", op. cit., pág. 463.

³⁷⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C, n° 128, de 19 de mayo de 1982.

³⁷⁷ El art. 11 de la Propuesta Modificada de Directiva de 3 de abril de 1984 señala que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que quede prohibido el recurso a trabajadores temporales encargados de realizar la tarea de trabajadores de la empresa usuaria en caso de huelga o de lock-out en dicha empresa" COM (84), 159, final.

³⁷⁸ A modo de ejemplo, pueden citarse la Ley Belga de 24 de julio de 1987, el art. L. 124-2-1 del Code du

art. 8.a) L.E.T.T. ha de extenderse también a estos supuestos, ya que la finalidad de la norma es impedir que el trabajador puesto a disposición venga a ocupar un puesto de trabajo que resulte vacante como resultado de la huelga, no importa si directamente o a través del recurso al esquirolaje interno³⁷⁹. Asimismo, hay que tener presente la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto, en el sentido de que la sustitución interna de trabajadores puede resultar abusiva si con ello lo que se pretende es obtener objetivos distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico. Según la STC 123/1992, de 28 de septiembre³⁸⁰, el recurso al esquirolaje interno resulta ilícito cuando la empresa utiliza la sustitución interna de trabajadores para “desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”, y no como una medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa.

El incumplimiento de esta prohibición por parte de la empresa usuaria está tipificado en el art. 20.3.a) como sanción muy grave³⁸¹, calificación idéntica a la que realiza la L.I.S.O.S. en relación a este mismo supuesto (art. 8.10)³⁸². Sin embargo, no existe ninguna mención específica en relación a cómo ha de calificarse la inobservancia de dicha prohibición por parte de la E.T.T.. Ante este vacío legal, una posible solución podría ser considerar esta infracción como grave en base al art. 19.2.c), es decir, por entender que cuando la E.T.T. pone a disposición trabajadores temporales a la empresa usuaria con el objetivo de sustituir a los huelguistas estaría formalizando “contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2 de esta Ley”. Así pues, el art. 19.2.c) actuaría como una especie de “cláusula de cierre” en relación a todos aquellos supuestos de prohibición cuya inobservancia no tienen una tipificación específica en la L.E.T.T..

Travail francés, y el art. 9.9 de la Employment Agencies Act de 1976.

³⁷⁹ PETIT, M., “Le travail temporaire. Les pratiques et leur justification judiciaire”, op. cit., pág. 137, señala que éste es también el sentido de la prohibición del art. L 124-2 del Code du Travail francés.

³⁸⁰ (BOE 29-10-92).

³⁸¹ Según el art. 20.3., son infracciones muy graves de las empresas usuarias:

a) Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.

³⁸² Según el art. 8, son infracciones muy graves:

10. Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su

Todo lo dicho anteriormente, considero que ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical³⁸³ y del art. 179 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral³⁸⁴, de forma que cualquier trabajador o sindicato que considere lesionado su derecho de libertad sindical podrá acudir a la jurisdicción laboral para que ésta, mediante un procedimiento preferente y sumario, declare -si lo estima procedente- el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas derivadas del acto -incluida la indemnización que procediera-, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas.

Por otra parte, el art. 6 párr. 7º del R.D.L.R.T. prevé una única excepción a la prohibición de contratar trabajadores para sustituir a los huelguistas: en el supuesto de que se incumpla la obligación de garantizar los servicios mínimos en la empresa. Dicha excepción no ha sido incluida en la L.E.T.T., por lo que parece que la intención del legislador ha sido establecer una prohibición absoluta de recurrir a la E.T.T. para que le proporcione trabajadores durante el período de tiempo que dure la huelga, por lo que cuando el empresario considere que es aplicable dicha excepción deberá recurrir directamente a la contratación de los trabajadores sustitutos de los huelguistas.

1.1.2. Realización de actividades peligrosas e insalubres.

El segundo supuesto en que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición tiene su causa en “la realización de las actividades y trabajos, que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente” (art.8.b).

ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento.

³⁸³ B.O.E. 8 de agosto.

³⁸⁴ Aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, B.O.E. 2 de mayo.

La existencia de un trato específico en relación a la prevención de riesgos de los trabajadores puestos a disposición se fundamenta, principalmente, en el elevado número de siniestralidad laboral que se produce como consecuencia de ciertos factores derivados del desconocimiento del oficio, del lugar de trabajo, de la inexperiencia y de la insuficiente integración de estos trabajadores dentro de la política general de la empresa en materia de seguridad, situación que se agrava por el hecho de que el empresario jurídico y la empresa usuaria no son la misma entidad³⁸⁵.

A estos factores es necesario añadir, en mi opinión, la insuficiente formación que la E.T.T. es capaz de proporcionar al trabajador con el fin de que éste pueda evitar eficazmente los riesgos a que va a estar sometido en la empresa usuaria. Y ello porque la necesidad urgente de cubrir el puesto de trabajo en la empresa usuaria y la rapidez que ello comporta es totalmente incompatible con el tiempo necesario para que la E.T.T. pueda formar debidamente a los trabajadores a fin de prevenir los riesgos específicos a que van a estar expuestos en la empresa usuaria, tal como habrá ocasión de analizar más detenidamente en los apartados relativos al deber de formación y a la obligación de prevención de riesgos laborales de la E.T.T.

El art. 8. b) L.E.T.T. ha tomado como referente el art. L- 124.2.1³⁸⁶ del *Code du Travail* francés, que a su vez es fruto de la regulación comunitaria sobre la materia, concretamente la Directiva 91/383/C.E.E., que completa las medias tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada y de E.T.T.³⁸⁷. Esta Directiva intenta dar una respuesta a la previsión del art. 16 de la Directiva Marco de 12 de junio de 1989³⁸⁸, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que contemplaba la regulación de disposiciones más rigurosas para determinados colectivos de trabajadores, entre los que se encuentran los temporales.

³⁸⁵ Vid. Informe Papandreu, COM (90) 228 final, págs. 34 y 35, punto 58.

³⁸⁶ La prohibición se refiere a determinados puestos de trabajo “dans certains secteurs définits par décret ou par vole de convention ou d'accord collectif (...) en raison de la nature de l'activité exercés”.

³⁸⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L, de 29 de julio de 1991.

La Directiva 91/383/C.E.E. tiene como objetivo primordial una regulación de los riesgos para la seguridad y salud que afectan particularmente a los trabajadores temporales, a la vista de los datos que demostraban el alto índice de siniestralidad laboral de dichos trabajadores³⁸⁹. De entre todas las previsiones que se contienen, el párrafo primero del art. 5.1. de la Directiva 91/383/C.E.E. ha tenido una incidencia fundamental en la redacción del art. 8 b) de nuestra L.E.T.T. Así, la norma comunitaria establece que los Estados miembros tendrán la facultad de prohibir que se recurra a los trabajadores temporales para trabajos que requieran un control médico especial y de larga duración. La L.E.T.T. refleja el contenido de la Directiva, si bien hay que matizar que lo hace a través de una mención genérica e imprecisa a aquellos trabajos especialmente peligrosos para la seguridad y la salud de los trabajadores temporales, delimitación que se deja al posterior desarrollo reglamentario.

En el art. 5.2 de la Directiva 91/383/C.E.E. se establece una excepción a la prohibición de recurrir a trabajadores temporales en actividades con especial riesgo, siendo posible dicha cesión temporal para ciertos casos excepcionales en los que sea necesario un control médico de larga duración, velando en este caso los Estados miembros por que éstos disfruten de un control médico que se extienda más allá de la fecha de expiración de su contrato. La L.E.T.T. no ha incluido esta salvedad en el art. 8 b), lo cual significa la total prohibición de ceder al trabajador para los puestos de trabajo establecidos reglamentariamente. A pesar de que en el trámite parlamentario se intentó introducir modificaciones en esta materia, la prohibición absoluta por la que se ha optado en el texto

³⁸⁸ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, de 29 de junio de 1989.

³⁸⁹ Para la elaboración de la Directiva se barajaron una serie de datos que giraban en torno al importante número de accidentes de trabajo que ocurren cuando se trata de trabajadores cuya relación laboral es temporal. En Francia, ciertos estudios demostraron en 1986 que el índice de frecuencia de los accidentes laborales era un 12,1% para los trabajadores temporales frente a un 5,2 % para el conjunto de los trabajadores, siendo el porcentaje de accidentes graves con resultado de incapacidad permanente fue de un 11,5% para los trabajadores temporales frente al 5,9 para los demás trabajadores. También en Bélgica, el índice de siniestralidad laboral para todos los trabajadores era de un 44%, mientras que para los temporales era de un 112%. En la República Federal de Alemania el número de accidentes laborales respecto a los trabajadores temporales es de 1,5 a 4 veces más elevado que cuando se trata de trabajadores permanentes de la empresa. Estos datos están tomados del Informe Papandreu, que puede consultarse en el COM (90) 228 final, págs. 34 y 35, puntos 56 y ss.

definitivo de la Ley merece, a mi juicio, una valoración positiva por dos razones. En primer lugar, porque hubiera sido difícil articular mecanismos de control para asegurar el efectivo seguimiento médico del trabajador temporal, puesto que, una vez terminada la cesión temporal, el trabajador pierde su vinculación con la empresa usuaria. En segundo lugar, la escasa formación del trabajador -como consecuencia de la rapidez que, como ya se ha visto, requiere la puesta a disposición- hace a éste especialmente vulnerable a los riesgos específicos de la empresa usuaria.

Por todo lo expuesto, la mejor política de prevención que puede tomarse en empresas con especiales riesgos es que los puestos de trabajo de éstas sean ocupados por trabajadores cualificados, específicamente formados y que previamente hayan sido seleccionados directamente por este tipo de empresas especialmente peligrosas para la seguridad y salud de los trabajadores³⁹⁰.

Por último, se califica como sanción muy grave para ambas empresas la formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente (art. 19.3.b y 20.3.b). La infracción se realiza sin que sea necesaria la producción de un riesgo para los trabajadores afectados, tal y como parece exigir la L.I.S.O.S, en la que se considera infracción muy grave en materia de seguridad e higiene “la *inobservancia* de la normativa vigente relativa a trabajos prohibidos a los menores”, trabajadores con particularidades que tienen prohibida por razones de riesgo laboral la realización de determinadas actividades³⁹¹.

1.1.3. Amortización de puestos de trabajo.

³⁹⁰ El Grupo Parlamentario Mixto, a través de la presentación de la enmienda nº 149 en el Congreso, propuso el texto siguiente al art. 8 b): “Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente, *salvo que se acredite la formación suficiente al efecto por el personal de la empresa de trabajo temporal*”.

Este Grupo no apreciaba ningún inconveniente legal en realizar estas actividades cuando el personal a utilizar tenga suficiente formación para el desempeño de estas tareas, justificación que me parece discutible por las razones que han sido expuestas.

³⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las empresas de trabajo temporal en España”, op. cit., págs. 88-89.

El art. 8.c) establece que no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición “cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) del E.T., excepto en los supuestos de fuerza mayor”.

Nos encontramos en presencia de una garantía que se establece para evitar que se desvirtúe la función que han de cumplir las E.T.T., es decir, la de cubrir puestos de trabajo de naturaleza temporal y no indefinida³⁹². Con ello se intenta evitar, pues, la sustitución de empleo fijo en la empresa usuaria por empleo temporal. Ahora bien, no se prohíbe en todo caso la sustitución de puestos de trabajo previamente amortizados por la empresa en el período de un año, sino que dicha prohibición tan sólo afecta a aquellos supuestos en que la amortización tenga su causa en el despido improcedente, o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52 apartado c) E.T., excepto en los supuestos de fuerza mayor³⁹³. Si se compara la redacción del art. 8.c) de la Ley con la que se contenía en el Proyecto de Ley, se observan dos novedades en el texto definitivo: la extensión de la prohibición de acudir a una E.T.T. para cubrir puestos que hayan quedado vacantes a través de la causa prevista en el art. 50 -extinción por voluntad del trabajador-, así como la exclusión expresa de los supuestos de fuerza mayor³⁹⁴.

³⁹² Previsión similar la encontramos en la Ley italiana de 12-3-1997, en cuyo art. 1.4.c) se prohíbe el recurso al trabajo temporal “presso unità produttive nelle quali sia proceduto, entro i dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori aditibi alle mansioni cui si riferisce la fornitura, salvo che la fornitura avvenga per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto”. Una finalidad de impedir la utilización del trabajo temporal en clave meramente sustitutiva de la ocupación estable -que ya se adelantaba en l’Accordo Interconfederale de 23-7-1993. Vid. DE LUCA TAMAJO, R., “Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interninale”, op. cit., págs. 431-432.

³⁹³ La exclusión del art. 8.c) no opera, pues, en los supuestos de fuerza mayor. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en España”, op. cit., pág. 87, ha señalado que esta previsión admite dos posibles interpretaciones: bien entender que no se computarán los despidos en el plazo de doce meses cuando éstos se deban a fuerza mayor, o bien estimar que no se activará la exclusión cuando la necesidad de mano de obra obedezca a una causa de este tipo. El autor se inclina por la segunda, alegando que “en caso de fuerza mayor es excesivo impedir que se obtenga mano de obra adicional a través de una empresa de trabajo temporal por el mero hecho de haberse producido despidos con anterioridad”.

³⁹⁴ Fruto de la enmienda nº 134, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya.

La redacción del art. 8 c), a pesar de que impide la mayoría de conductas tendentes a la sustitución de puestos de trabajo indefinidos por otros de naturaleza temporal, no es, bajo mi punto de vista, lo suficientemente garantista, puesto que no prohíbe cualquier posibilidad por parte del empresario de amortizar determinados puestos de trabajo indefinidos, tal y como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

Es criticable, en mi opinión, la mención genérica -y sin más matización- que hace la L.E.T.T. al despido improcedente, puesto que podría suscitarse la duda respecto a si hay que entender incluido únicamente el despido improcedente declarado así judicialmente o también el despido improcedente pactado como tal en el acto de conciliación. Hubiese sido deseable una regulación más explícita y clarificadora del art. 8 c), porque si se escoge la interpretación de que la Ley se refiere solamente al despido improcedente declarado así judicialmente se estaría abriendo una vía para poder suplir puestos de trabajo de naturaleza indefinida por otros temporales a través del recurso a una E.T.T.. Sin embargo, en mi opinión, la mención genérica de la norma a “despido improcedente” implica la inclusión de ambos, tanto el declarado judicialmente como el pactado así en el acto de conciliación³⁹⁵.

Otra de las críticas que pueden hacerse a la redacción de este precepto es que la L.E.T.T. presenta una notable incoherencia por el hecho de que el art. 8 c) L.E.T.T. se refiera a las causas previstas en el art. 50 E.T. y no contemple, sin embargo, otras extinciones en las que también juega un papel determinante la voluntad del trabajador de extinguir la relación laboral y que se encuentran fuera de la regulación del citado artículo.

A mi juicio, estas causas extintivas deberían estar contempladas para impedir la

³⁹⁵ La crítica negativa a la ambigüedad del art. 8 c) L.E.T.T. se acentúa todavía más si comparamos su regulación con la de otras normas que han establecido garantías cuya finalidad es precisamente la sustitución de unos puestos de trabajo por otros con clara intención defraudatoria. A modo de ejemplo, se puede citar aquí la regulación del art. 4 de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes para fomento del empleo y protección por desempleo, actualmente derogada por el RD 9/1997, de 16 de mayo, (BOE 17-5-1997). En la Ley 22/1992 se regulaba un régimen jurídico más garantista, al establecer como condición para la concesión de las ayudas previstas en la norma “no haber reducido plantilla fija, en el año natural anterior a la fecha de la contratación o transformación, por despido *declarado judicialmente nulo o improcedente* o

posibilidad de pactos extintivos entre empresario y trabajador que encubrieran verdaderas extinciones por voluntad del empresario. Una de ellas es el mutuo acuerdo entre las partes (art. 49.1 E.T.), causa que puede constituir una vía idónea para la extinción por parte del empresario a cambio de una compensación económica de éste al trabajador, puesto que, a pesar de que la extinción del contrato por mutuo disenso no genera en principio derecho a indemnización, nada impide que se pacte individualmente. Otra vía por la que podrían darse pactos de estas características sería a través de una dimisión encubierta del trabajador (art. 49.4 E.T.), extinción que en el fondo podría esconder la voluntad empresarial de dar por terminada la relación laboral. Valoración negativa merece, pues, el hecho de que el legislador no haya incluido dentro del art. 8 c) L.E.T.T. estos supuestos, máxime teniendo en cuenta la finalidad de la garantía que, como ya se ha visto, es impedir la sustitución de puestos de trabajo fijos por temporales y el recurso a la E.T.T. como un mero mecanismo de interposición cuya única finalidad fuese la elusión de las cargas y obligaciones que el empresario ostenta como tal sujeto en el ordenamiento laboral. Una posible vía de tutela y control podría llevarse a cabo por los representantes de los trabajadores a través de las prerrogativas que les concede el art. 64.1.5 E.T., con respecto al conocimiento de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral³⁹⁶. Sin embargo, ya se ha visto la dificultad para constituir órganos representativos en las E.T.T., por lo que este mecanismo de control apenas puede tener efectividad en este tipo de empresas.

En relación al art. 52. c) E.T., hay que tener en cuenta además que la nueva regulación del art. 51 E.T. ha llevado consigo la readaptación de dicho precepto, de forma que tras la reforma operada por la Ley 11/1994 esta causa de extinción ya no va a tener lugar únicamente en empresas de menos de cincuenta trabajadores y por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, sino que podrá darse en cualquier empresa -sea cual sea la plantilla de ésta- y para la amortización

reconocido como tal en acto de conciliación, expediente de regulación de empleo por causas económicas o tecnológicas o por la causa objetiva del art. 52 c) E.T.”

³⁹⁶ PÉREZ AMORÓS, F., “Derechos de información sobre empleo y contratación”, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 117.

de puestos de trabajo en número inferior al de los umbrales establecidos en el art. 51 E.T. Sin embargo, lo que sí que se ha mantenido sin ningún cambio tras la reforma es “la necesidad objetivamente acreditada de amortizar los puestos de trabajo”, por lo que entiendo que en este punto seguirá siendo aplicable la delimitación que ha realizado la jurisprudencia en este punto. En primer lugar, respecto a la necesidad objetivamente acreditada, la jurisprudencia ha venido a delimitar una serie de causas que permiten al empresario realizar la extinción a través del art. 52 c) -económicas, tecnológicas, organizativas y de producción³⁹⁷-, cuestión que será analizada más adelante en el apartado relativo a la extinción por causas objetivas.

En segundo lugar, en relación a la amortización de los puestos de trabajo, la jurisprudencia anterior a la reforma de 1994 venía interpretando que el puesto de trabajo amortizado fuese realmente el puesto de trabajo del trabajador afectado, sin que fuese posible la realización por otro trabajador de las tareas inherentes al mismo. Esta interpretación debería seguir manteniéndose³⁹⁸, ya que el requisito de la necesidad de amortizar el puesto de trabajo en los despidos objetivos y colectivos quedaría vacío de contenido si únicamente se entendiera por amortización la mera supresión del puesto de trabajo y se admitiera, correlativamente, la posibilidad de que las funciones pudieran seguir desempeñadas por otros trabajadores de la empresa vinculados con anterioridad al despido, puesto que este tipo de conductas constituyen la prueba de la inexistencia de las causas configuradoras de este tipo de extinciones y en ellas concurrirían los elementos que tipifican el fraude de ley y el abuso de derecho³⁹⁹. En definitiva, la extinción por causas objetivas o el despido colectivo se admite cuando existe una justificación causal de la medida extintiva, y, por tanto, la demostración por parte de la empresa de que concurren las causas determinantes del excedente de plantilla⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1990 (Ar. 1907).

³⁹⁸ En este sentido, STSJ de Castilla León 2-5-1995 (Ar. 2037), STSJ de Asturias 24-4-1995 (Ar. 1450), STSJ Baleares 1-5-1995 (Ar. 1783).

³⁹⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., “Las causas económicas y empresariales de despido”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 51.

⁴⁰⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los despidos por causas

El art. 8 c) L.E.T.T. establece la prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición exclusivamente cuando se hayan amortizado -por las causas previstas en la norma- los puestos de trabajo “*que se pretendan cubrir*”. Esto no impide que el empresario realice prácticas fraudulentas consistentes en la amortización de un puesto de trabajo y su posterior cobertura por otro trabajador de la misma empresa, teniendo así las manos libres para la celebración de un contrato de puesta a disposición con una E.T.T., puesto que el puesto de trabajo para el que se solicita el trabajador no sería el puesto amortizado. La ampliación de las facultades de dirección que la Ley 11/1994 llevó a cabo permiten que estas prácticas, aunque constitutivas de fraude de ley, sean difícilmente detectables.

También merece especial crítica el hecho de que en el precepto analizado no se ha contemplado la prohibición del recurso a los servicios de la E.T.T. cuando el empresario pretenda sustituir a trabajadores que hayan ocupado los mismos puestos de trabajo a través de contratos de duración determinada que no hayan agotado su duración máxima porque no han sido prorrogados por la empresa⁴⁰¹. Esta política legislativa conlleva el incremento del trabajo precario en este tipo de empresas y, por tanto, la disminución en las expectativas del trabajador de encontrar un empleo que responda a una cierta seguridad⁴⁰². A esto hay que añadir la subprotección a la que está expuesto el trabajador contratado mediante formas precarias de empleo: tal y como ha sido apuntado por la doctrina⁴⁰³, el desarrollo de la contratación temporal tiene como consecuencia una mayor sumisión del

económicas y empresariales”, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 22. GARRIDO PÉREZ, E., “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 78 a 81, destaca además la revalorización del factor numérico, junto al causal, en los despidos colectivos,.

⁴⁰¹ La enmienda nº 134, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 22 de febrero de 1994), apuntaba en esta dirección, al contemplar un apartado e) cuya finalidad era la imposibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición “para sustituir a trabajadores que hayan realizado el mismo trabajo o actividad con contrato de duración determinada que no le haya sido renovado”.

⁴⁰² MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones”, Revista Española de Derecho del Trabajo”, nº 10, 1982, págs. 161 y ss.; MARÍN CORREA, L., “Estabilidad en el empleo y contrato temporal”, Actualidad Laboral, nº 25, 1991, pág. 317.

⁴⁰³ LÓPEZ LÓPEZ, J., “La contratación temporal y el fraude de ley”, Relaciones Laborales, nº 23, 1990, pág. 8 y ss, y MARTÍNEZ GARRIDO, L., “Abusos en la contratación laboral temporal y control judicial”,

trabajador, que durante la vigencia del contrato no es proclive a reclamar sus derechos ni suele realizar ningún tipo de reivindicaciones. Asimismo, se ha comprobado que disminuye tanto la afiliación sindical como la participación en acciones colectivas - huelgas-, con lo que resulta fácil al empresario adoptar una actitud paternalista o incluso coactiva al imponer determinadas condiciones de trabajo a estos trabajadores⁴⁰⁴.

De la redacción del art. 8 c) L.E.T.T. se puede extraer la conclusión de que existe una cierta tolerancia por parte del legislador en favor de la sustitución de empleo fijo por empleo temporal, como lo demuestra el hecho de que este precepto no constituya una garantía eficaz de que esto no suceda, sino que, por el contrario, su función protectora es previsible que sea bastante escasa e insuficiente. En mi opinión, hubiese resultado más acorde con la finalidad de esta garantía una prohibición genérica de recurrir a una E.T.T. en el supuesto de que, en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación, la empresa haya amortizado puestos de trabajo. De esta forma, cualquiera que hubiera sido la causa por la que se hubiesen amortizado los puestos de trabajo, se podría haber impedido la nueva contratación a través de una E.T.T.⁴⁰⁵. A pesar de la insuficiencia que demuestra el art. 8 c) L.E.T.T. al no cubrir todo tipo de situaciones susceptibles de fraude, hay que tener presente que existe una limitación de mayor entidad que la que ha sido analizada: el recurso a la E.T.T. para la cobertura de puestos de trabajo de naturaleza indefinida constituye, en todo caso, un supuesto de cesión ilegal de mano de obra con las consecuencias establecidas en el art. 43.2 E.T., es decir, la responsabilidad solidaria de ambos empresarios -cedente y cesionario- y el derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

Por último, hay que señalar que no se ha prevé una sanción específica para la vulneración de este apartado, por lo que entiendo que este supuesto se tendrá que

Actualidad Laboral, nº 27, 1991, pág. 351.

⁴⁰⁴ BIAGI, M., "El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas: ¿Flexibilidad o ajuste?, Reseñas relativas a las relaciones colectivas", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 63, 1994, pág. 48.

⁴⁰⁵ En este sentido está planteada la enmienda nº 22, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en el Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 28 de abril de 1994). La justificación que alega dicho Grupo es que "no debe distinguirse más, con el fin de que no se actúe en fraude de Ley".

reconducir a los genéricos arts. 19.2.c) y 20.2.b) L.E.T.T., en los que se califica como grave la infracción de ambas empresas consistente en formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2. L.E.T.T..

1.1.4. Cesión de trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

El art. 8.d) prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición que tengan como objeto la cesión de trabajadores a otras E.T.T.⁴⁰⁶. Valoración positiva merece la inclusión de este apartado si se piensa lo difícil que puede resultar delimitar quién es el verdadero empresario, y por consiguiente quién ostenta la responsabilidad empresarial⁴⁰⁷, frente al trabajador temporal en los supuestos de encadenamiento de contratos de puesta a disposición⁴⁰⁸, aplicando a este tipo de supuestos la terminología empleada por la doctrina en los supuestos de encadenamiento de contrataciones y subcontratas⁴⁰⁹.

Tampoco se ha previsto una sanción específica para la vulneración de este precepto. Considero aquí trasladable lo expresado en el apartado anterior, siendo reconducible esta infracción a los genéricos arts. 19.2.c y 20.2.b⁴¹⁰.

1.2. Supuestos en los que puede celebrarse el contrato de puesta a disposición.

Para la delimitación de los supuestos en que un empresario puede recurrir a los servicios de una E.T.T., el art. 6 L.E.T.T. ha optado por establecer un listado taxativo de los supuestos válidos para que pueda considerarse lícita la cesión temporal del trabajador por parte de la E.T.T., asignando a algunos de ellos una duración máxima (art. 7 L.E.T.T.).

⁴⁰⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 22 de febrero de 1994.

⁴⁰⁷ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 87.

⁴⁰⁸ Este precepto tiene su origen en la aprobación por el Pleno del Congreso de la enmienda nº 21, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, el cual justifica la inclusión de dicho apartado a través de la siguiente argumentación: “no incluir este punto puede dar lugar a una serie de contratos sucesivos de puesta a disposición entre E.T.T. que llegue a desvirtuar la propia definición de este tipo de empresas”.

⁴⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Cadena de contrataciones y responsabilidad del empresario principal”, op. cit., pág. 50.

⁴¹⁰ En los que se califica como grave la infracción de ambas empresas consistente en formalizar contratos de

Este es el sistema más frecuentemente utilizado en los países de la Unión Europea, aunque el ordenamiento italiano⁴¹¹ abre la posibilidad a que los supuestos de puesta a disposición se determinen en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal con los sindicatos más representativos⁴¹². Hay que destacar, en primer lugar, que la enumeración de los supuestos contemplados en la L.E.T.T. no coincide exactamente con la relación de contratos de duración determinada que contiene el art. 15.1 del ET, tras la reforma llevada a cabo por la ley 11/1994, de Reforma del Estatuto de los Trabajadores. Hay que matizar que el supuesto que tiene por objeto “cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección y promoción”, aunque no se contempla en el art. 15 del ET, sí ha sido incorporado posteriormente por vía reglamentaria a través del art. 4.1. del R.D. 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratación, con lo que así se produce una equiparación entre los supuestos de interinidad que pueden realizarse a través de E.T.T. y los contratos que por esta causa se celebren directamente entre empresario y trabajador a través de la legislación laboral común.

A continuación, van a ser analizados los supuestos de contratación entre la E.T.T. y el trabajador partiendo de la premisa de que la E.T.T. concierta con el trabajador el mismo tipo de contrato que ha llevado a cabo a través del contrato de puesta a disposición, con el objeto de poder estudiar las diferencias en la regulación de ambos tipos de contratos aun en el supuesto de que ambas causas coincidan.

1.2.1. Obra o servicio determinado.

El art. 6.2.a) L.E.T.T. establece, como uno de los supuestos a través de los cuales podrá llevarse a cabo el contrato de puesta a disposición, “la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de

puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2.

⁴¹¹ Según el art. 1.2 de la Ley italiana de 12 de marzo de 1997, el contrato de puesta a disposición puede realizarse “nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell’impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi”.

duración incierta”. Si tomamos como premisa la necesaria identificación causal entre el contrato de trabajo y el contrato de puesta a disposición, la E.T.T. podrá celebrar con el trabajador, en virtud del art.15.1.a) ET, un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinados, viniendo determinada dicha obra o servicio como consecuencia de la celebración previa de un contrato de puesta a disposición en base precisamente al supuesto de obra o servicio que también se contempla en el art. 6.2.a) L.E.T.T. como uno de los supuestos en los que resulta posible la celebración del contrato de puesta a disposición..

Así pues, el art. 6.2.a) L.E.T.T. señala que podrán celebrarse contratos de puesta a disposición cuando se trate de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria “para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”. Este último inciso -el hecho de que la “ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”⁴¹³-, constituye una característica configuradora de este contrato, la cual permite su diferenciación en relación a los puestos de trabajo de naturaleza permanente en la empresa⁴¹⁴. La actividad realizada por la E.T.T. supone necesariamente que la puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria sea de carácter temporal. Por lo tanto, la expresa mención a este elemento objetivo en los contratos de puesta a disposición que traigan su causa en la realización de obra o servicio determinado debe servir para impedir aquellas actividades que, a pesar de tener sustantividad propia, no poseen el elemento de la temporalidad y, por lo tanto, constituyen supuestos fraudulentos de utilización de este tipo de contratos. En este sentido, la jurisprudencia exige que la obra o servicio determinado con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa sea de carácter

⁴¹² Según FILADORO, C., “Il lavoro interinale e le altre norme a sostegno dell’occupazione”, Pirola, Milano, 1997, pág. 5.

⁴¹³ Esta mención ha ido contemplándose en las distintas regulaciones del contrato para obra o servicio determinado en la normativa laboral común. Así, aparecía en la regulación anterior del contrato para obra o servicio determinado contenida en el art. 2.1. del R.D 2104/1984, de 21 de noviembre -si bien no se incluía en el art. 15 del E.T. -, también se mantuvo el art. 2.1. del RD 2546/1994 y finalmente se ha incorporado en la redacción del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores a raíz de las modificaciones operadas por el RD 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

⁴¹⁴ El Grupo Popular era el único que pretendía la exclusión del citado inciso final (vid. enmienda nº 61 en el Congreso, Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 22 de febrero de 1994). A pesar de que dicho Grupo alegaba razones de “seguridad jurídica”, dicha exclusión podría haber dificultado su diferenciación en

temporal, sin que pueda estimarse correcta la realización de este contrato para aquellos trabajos de naturaleza permanente.

Por otra parte, cuando la E.T.T. celebre con el trabajador puesto a disposición un contrato bajo la modalidad de obra o servicio determinado, deberá identificarse suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto, según prevé expresamente el art. 2.2.a) del RD 2546/1994. A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado en multitud de sentencias que para poder acogerse válidamente a la modalidad contractual que autoriza la normativa citada no sólo se requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y posea autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, sino que además se requiere que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio. Esta matización posee la finalidad de que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de dicha obra o servicio, y no en tareas distintas⁴¹⁵. Por lo tanto, si se aplican estas consideraciones al contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, en éste deberá incluirse una descripción suficiente de la obra o servicio que constituyan el objeto del contrato para obra o servicio, lo que implica que es necesario un conocimiento previo de las tareas que configuran la obra o servicio dentro del ámbito de la prestación de servicios que el trabajador llevará a cabo en la empresa usuaria. Este requisito, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es fundamental o esencial en estos casos, de tal forma que si falta esa concreción o determinación se deberá deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opera el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado⁴¹⁶.

relación a los trabajos ordinarios indefinidos.

⁴¹⁵ A modo de ejemplo, vid. las STS de 10-12-1996, STS 30-12-1996 (Ar. 9864).

⁴¹⁶ En la STS 2-3-1990 (Ar. 1790) se asigna a este requisito el carácter de fundamental o esencial, de tal forma que se presumía concertado por tiempo indefinido el contrato para obra o servicio determinado en el que faltase la concreción o determinación de los mismos -en base a lo previsto en el art. 15 del ET en su versión de 1980-. En igual sentido se pronuncian las STS 22-6-1990 (Ar. 5507), STS 26-9-1992 (Ar. 6.816), 21-9-1993 (Ar. 6892). Tras la reforma operada en 1994 se mantiene la misma línea, tal como puede apreciarse en las STS 26-9-1992 (Ar. 6816), STS 4-5-1995 (Ar. 3746), STS 26-3-1996 (Ar. 2494),

Por otra parte, conviene preguntarse, si en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la empresa usuaria es necesaria también una descripción suficiente de la obra o servicio en virtud de la cual esta última está facultada para solicitar los servicios del trabajador puesto a disposición. La duda surge porque ni en la L.E.T.T. ni en el R.E.T.T. se contiene ninguna disposición concreta en relación a la específica descripción de las tareas que constituyen dicha obra o servicio. Ahora bien, en mi opinión, varias razones avalarían una respuesta afirmativa. En primer lugar, si se toma como referencia el art. 14 del R.E.T.T. podrá observarse que, a pesar de -como ya se ha dicho- no se contiene una previsión específica en relación a este supuesto concreto de obra o servicio determinado, sí se señala que habrá de señalarse el supuesto de celebración, *con expresión concreta de la causa que lo justifica*, según lo previsto en el art. 6.2 L.E.T.T..

De la redacción del precepto mencionado puede desprenderse que no sólo es necesaria la identificación del supuesto de celebración -que en el caso analizado sería la mención al supuesto de obra o servicio contenido en el art. 6.2.a) L.E.T.T.-, sino que también establece como preceptivo el establecimiento de un plus de información en el contrato de puesta a disposición, que en este caso viene dado a través de la “expresión concreta de la causa” que justifica este supuesto específico. Dicha expresión concreta de la causa del contrato de puesta a disposición debe incluir, a mi entender, la identificación concreta de la obra o servicio, puesto que, de no quedar debidamente identificados, no podrá concluirse a favor de la existencia de los mismos, o bien no podrá saberse cuál es la obra o servicio que constituye el objeto del contrato si éstos no se han concretado y determinado previamente en el contrato concertado entre las partes, lo que lleva a la misma conclusión -según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido reseñada anteriormente-. Asimismo, la expresión concreta de la causa a la que se refiere el art. 14 R.E.T.T. no puede circunscribirse únicamente a la mención del supuesto justificativo de la puesta a disposición del trabajador, no bastando una referencia meramente formal al mismo, ya que estamos ante un supuesto causal, tal como se infiere de la redacción del mencionado art. 14 R.E.T.T., por lo que la causa objetiva debe

predicarse también desde un punto de vista material, lo que únicamente se puede conseguir a través de la descripción de la obra o servicio objeto del contrato.

El art. 2 del RD 2546/1994 establece una mención que no se encuentra en el art. 6.2.a) L.E.T.T., cuando señala que la obra o servicio determinados tendrá “autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa”. Esta omisión en la normativa de E.T.T. se ha interpretado por la doctrina en el sentido de que, al realizarse el contrato de puesta a disposición, “no se requiere, a diferencia del ámbito jurídico laboral, que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa, por lo que el único condicionante es el de su duración temporal”⁴¹⁷. Esta opción es fruto de una interpretación literal del art. 6.2 de la L.E.T.T., según la cual dicho precepto omite deliberadamente esta mención y, por ello, mantendría su autonomía normativa, sin que pudiera acudir a la normativa laboral como legislación supletoria. Para llegar a esta conclusión se argumenta que este supuesto de temporalidad puede justificar dicha temporalidad en cualquier ámbito (civil, mercantil, administrativo o laboral), por lo que no ha de acudir necesariamente a la normativa laboral. Sin embargo, a pesar de que el contrato de puesta a disposición sea un contrato de naturaleza mercantil, no está claro que el supuesto regulado en el art. 6.2.a) L.E.T.T. pueda deslindarse absolutamente de la normativa laboral, especialmente si se tiene en cuenta que la L.E.T.T. sólo autoriza el recurso a las E.T.T. cuando la puesta a disposición del trabajador tenga carácter temporal y no indefinido, pues, de estar en presencia de este último supuesto, la empresa usuaria no podría utilizar los servicios de la E.T.T..

Así pues, para poder dilucidar si las necesidades que la empresa usuaria posee a la hora de cubrir el puesto de trabajo son realmente naturaleza temporal, la única opción es acudir al ordenamiento laboral, y, en relación al contrato por obra o servicio determinado, la jurisprudencia ha señalado que “la obra o servicio determinado ha de tener la suficiente entidad, autonomía y relieve propio como para distinguirse nítidamente de lo que es la

⁴¹⁷ Vid. DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato

actividad normal y ordinaria de la empresa, porque en otro caso la contratación admisible es la de carácter indefinido⁴¹⁸. De aceptarse la interpretación de la absoluta independencia del supuesto del art. 6.2.a) L.E.T.T. con respecto al ordenamiento laboral, se daría la circunstancia de que una empresa usuaria que no cumpliera los requisitos que el art. 15.1.a) ET y del art. 2 del RD 2546/1994 no podría contratar directamente al trabajador, pero podría obviar estos requisitos acudiendo a la interposición de una E.T.T.⁴¹⁹. Esta conducta podría ser constitutiva de fraude de ley, aunque pueden surgir dificultades para encuadrarlo dentro del art. 15.3 ET, pues la empresa usuaria no ha llevado a cabo directamente la contratación. De todas formas, siempre cabe el recurso de acudir a la figura del fraude de ley prevista en el art. 6.4 del Código Civil y poder aplicar las consecuencias previstas en el ordenamiento laboral y que se han tratado de eludir, al disponer este precepto que este tipo de conductas que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán efectuadas en fraude de ley “y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir”.

Por otra parte, en el art. 15.1.a) ET se establece que “los convenios colectivos estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”. Esta mención, no contenida en el art. 6.2.a) L.E.T.T., suscita la duda de si las tareas con sustantividad propia que así se hayan determinado a través de la negociación colectiva pueden y deben ser tenidas en cuenta a la hora de delimitar la obra o servicio objeto del contrato de puesta a disposición. La remisión a la negociación colectiva, tal cual aparece en el vigente art. 15.1.a) E.T., se debe a la redacción dada por el RD 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida⁴²⁰, posteriormente convalidado por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, (en

de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, op. cit. , pág. 39.

⁴¹⁸Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1986 (Ar. 1208).

⁴¹⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, op. cit., pág. 33.

⁴²⁰ BOE 17-5-97.

adelante Ley 63/1997)⁴²¹. Según la doctrina, el sentido de la reforma operada por la Ley 63/1997 es el establecimiento de una excepción al principio de prohibición de concurrencia que, entre convenios colectivos, establece con carácter general el art. 84 E.T., de tal forma que el convenio colectivo de empresa podrá entrar también a regular esta materia, aunque la identificación de las tareas con sustantividad propia se haya realizado por el convenio sectorial⁴²². En cualquier caso, lo que queda claro es que la autonomía colectiva, bien sea a nivel sectorial estatal bien de ámbito inferior incluido el de empresa, aparece legitimada para poder identificar las tareas a las que se ha hecho referencia, máximo teniendo en cuenta que el art. 2.1 del RD 2546/1994 establece que “cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas que pueden cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo dispuesto en el mismo a efectos de su utilización”⁴²³.

Para los autores partidarios de deslindar las causas del contrato de trabajo temporal y el de puesta a disposición, ello sólo crearía una obligación de la empresa usuaria que no afectaría a la validez y eficacia en sí de los contratos de puesta a disposición ni a los contratos de trabajo entre la empresa temporal y sus trabajadores⁴²⁴. Para otra línea doctrinal⁴²⁵, a pesar de que no considera exigibles al contrato de puesta a disposición las precisiones que requiere en sus supuestos homólogos la contratación laboral directa, sí que consideran aplicable al supuesto de puesta a disposición para obra o servicio determinado las previsiones que -en cuanto a la autonomía y sustantividad propia y su especificación a

⁴²¹ BOE 30-12-97.

⁴²² En opinión de ALBIOL MONTESINOS, I., “El RDL 8/1997, de 16 de mayo y el Acuerdo Interconfederal sobre estabilidad en el empleo”, en AA.VV., “La reforma laboral de 1997”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 36 y 37, esta conclusión puede apoyarse en el hecho de que la nueva redacción incluye expresamente a los convenios de empresa, sin que aparezca la expresión “en defecto” de convenio de ámbito superior, a diferencia de otros pasajes de la reforma.

⁴²³ La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1988 (Ar. 5443) entiende que “la contratación para obra determinada no ha de entenderse necesariamente para la realización total y acabada de la obra de que se trate, sino que puede ser para cualquiera de sus elementos, fases o porciones”.

⁴²⁴ DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, op. cit., pág. 39 señalan que “sobre este supuesto, la negociación colectiva sólo podría actuar con eficacia obligacional, no con eficacia normativa, y unilateral, respecto a cada una de las partes en el contrato de puesta a disposición -no bilateralmente”.

⁴²⁵ SÁNCHEZ PEGO, J., “La relación interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, op. cit., pág. 148.

través de los convenios colectivos- haya llevado a cabo la empresa usuaria. A pesar de que este punto no ha sido contemplado expresamente en la L.E.T.T., lo más lógico sería que, tanto a la hora de realizar el contrato de puesta a disposición como el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, se aplicase el convenio colectivo de la empresa usuaria, que constituye el mecanismo apropiado para la especificación de dichas tareas. Ya se ha puesto de manifiesto anteriormente la conveniencia de aplicar a los supuestos de puesta a disposición la previsión de la normativa laboral de que los trabajos posean autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues así pueden delimitarse con más claridad aquellos puestos de trabajo que -bajo la modalidad de obra o servicio determinado- realmente poseen una naturaleza temporal. En consecuencia, si el convenio colectivo de la empresa usuaria especifica estos trabajos con autonomía y sustantividad propia, debería estarse a éste, por lo que el contrato de puesta a disposición tampoco podría quedar totalmente ajeno al ordenamiento laboral en este punto. Cuando el convenio de la empresa usuaria regula estos aspectos es porque con ello se pretende separar claramente los trabajos de naturaleza temporal de los de naturaleza indefinida, requisito al que no puede quedar ajena la empresa usuaria al solicitar los servicios de una E.T.T..

En el trámite parlamentario L.E.T.T. se introdujo una enmienda que prohibía la realización del supuesto de puesta a disposición para la realización de trabajos por obra o servicio determinado a aquellas empresas usuarias del sector de la producción o la prestación de servicios cuya actividad prioritaria fuese la realización de obras por contrato o arrendamiento temporal de servicios⁴²⁶. Lo que se pretendía era evitar que las empresas constituidas en los sectores de actividad en que se utiliza frecuentemente la contratación por obra o servicio recurriesen excesivamente a la realización de contratos de puesta a disposición para eludir las obligaciones que vienen impuestas por el ordenamiento laboral a los empresarios que contratan directamente a los trabajadores. Esta prohibición, a mi juicio acertada, no ha sido plasmada en el texto definitivo de la Ley, por lo que es previsible que en el sector de la construcción proliferen a partir de ahora las contrataciones

⁴²⁶ Vid. la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso (enmienda nº 55, Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 22 de febrero de 1994).

de trabajadores a través de las E.T.T., ya que la legislación española no ha contemplado límites numéricos a la contratación de este tipo de trabajadores en ningún sector de actividad⁴²⁷.

Otro de los aspectos a estudiar es la duración del contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador que tenga su causa en la realización de una obra o servicio determinado. La terminación del contrato no puede ser fruto de la decisión unilateral del empresario, ya que debe adecuarse al tiempo real de la obra o servicio. Puede preverse un término orientativo para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, pero dicho término únicamente puede tener el carácter de simple previsión, ya que la relación laboral subsistirá mientras que la obra no se haya ejecutado o finalizado. El contrato es temporal porque su ejecución es limitada en el tiempo, pero es incierta porque en la mayoría de los casos no resulta posible delimitar con exactitud cuando terminará, tal como establecen los arts. 15.1.a) E.T. y 2.1 del RD 2546/1994. En función de esta previsión normativa, la terminación del contrato no puede ser fijada arbitrariamente por el empleador, ya que el art. 1256 C.C. establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, por lo que la terminación del contrato no puede ser fruto de la decisión unilateral del empresario, sino que debe estar basada en la terminación real de la obra o servicio determinado⁴²⁸. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la consignación de una fecha final no hace que el contrato para obra o servicio determinado se transforme en un contrato de duración cierta, sino que, por el contrario, éste perdurará hasta que finalice la causa del mismo, es decir, la obra o servicio, ya que la referencia a un período de tiempo no supone la inserción de un término cierto y fatal⁴²⁹.

⁴²⁷ En este punto, hay que destacar que en nuestra legislación no ocurre como en otros países europeos en que se ha prohibido esta actividad para determinados sectores, como es el caso de Holanda, país en el que la Ley de 1 de enero de 1991 prohíbe la utilización de los servicios de las E.T.T. en los sectores de la construcción, transporte terrestre y en las áreas portuarias, entre otros.

⁴²⁸ GARCÍA NINET, I., “El contrato para la realización de obra o servicio determinado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 70.

⁴²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1988 (Ar. 1907), STS 18-12-1993 (AR. 7838), STS 28-12-1993 (Ar. 10074), STS 18-5-1995 (Ar. 7579).

Respecto a la duración del contrato de puesta a disposición en el supuesto estudiado, el art. 7.1 L.E.T.T. dispone que ésta “coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el respectivo contrato”, en este caso la obra o servicio determinado. Se trataría, pues, de dilucidar si al contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y el trabajador son también aplicables las consideraciones expuestas anteriormente en relación a la duración incierta de la obra o servicio, en base a las cuales se llegaría a la conclusión de que la consignación de un término en el contrato de puesta a disposición no supondría la extinción del mismo una vez llegado éste, sino que dicho contrato subsistiría mientras que la obra o servicio no se hubiese ejecutado o finalizado. En mi opinión, la citada corriente jurisprudencial sería extrapolable a la duración del contrato de puesta a disposición celebrado bajo este supuesto, puesto que en relación a la duración de este supuesto -art. 6.2.a) L.E.T.T.- sí que se contiene una previsión a la del art. 2.1. del RD 2546/1994, por el que se desarrolla el art. 15 ET: en ambos se señala que “su ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”. Esta identidad en la regulación de ambas causas de temporalidad permite, en mi opinión, que resulte aplicable la línea jurisprudencial que se ha venido produciendo en relación al art. 15.1.a) del ET.

Otro de los problemas que se suscita en relación a este supuesto, es si ha de entenderse aplicable la previsión que establece el art. 7.2. L.E.T.T., según el cual “si a la finalización del *plazo* de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por contrato indefinido”. Si analizamos el citado precepto en los casos en que el contrato de puesta a disposición haya sido celebrado para la realización de una obra o servicio determinado, pueden plantearse dos posibles interpretaciones en relación al alcance que puede tener el mencionado precepto. En primer lugar, si se acoge una interpretación estrictamente literal del art. 7.2, la consecuencia sería que el contrato de puesta a disposición para la realización de obra o servicio determinado no estaría incluido en el ámbito de este precepto, por la razón de que esta modalidad no posee un plazo cierto predeterminado por la norma, sino que su duración -tal como se ha visto anteriormente- es incierta en el tiempo. En consecuencia, de

acogerse esta opción interpretativa, la referencia específica al *plazo* de puesta a disposición impediría una aplicación del citado precepto en los supuestos en los que el contrato celebrado entre la E.T.T. y la usuaria tuviera su causa en la realización de una obra o servicio determinado, ya que la redacción del art. 7.2 L.E.T.T. no hace referencia a la finalización de la puesta a disposición del trabajador en términos genéricos, sino que se asigna la condición de indefinido del trabajador en aquellos supuestos en los que éste continúa prestando sus servicios una vez finalizado el plazo concreto para el que fue concertado el contrato de puesta a disposición. De esta forma, el fin de la obra o servicio que constituyó el objeto del contrato actuaría a modo de término, sin que pudiese considerarse al trabajador como indefinido a pesar de que continuase prestando sus servicios en la empresa usuaria.

Ahora bien, resulta posible una segunda interpretación que permitiría afirmar que el precepto estudiado es perfectamente aplicable al contrato de puesta a disposición por obra o servicio determinado, en base a que el concepto de plazo ha de adaptarse a las características propias de la duración de este contrato. Ello significaría que, en el supuesto que nos ocupa, una vez concluida la causa del contrato -la realización de la obra o servicio- finalizaría el plazo de puesta a disposición, por lo que si el trabajador continuase en la empresa usuaria se le consideraría vinculado a ésta por tiempo indefinido. En base a esta segunda interpretación, el art. 7.2 L.E.T.T. actuaría a modo de condición resolutoria, de tal forma que si el trabajador continúa prestando sus servicios una vez concluida la obra o servicio, este adquirirá la condición de fijo en la plantilla de la empresa usuaria. En mi opinión, ésta última es la interpretación más razonable, teniendo en cuenta que la finalidad del art. 7.2 L.E.T.T. es precisamente impedir aquellas conductas en virtud de las cuales se dejaría en manos del empresario la facultad de decidir el momento en el cual prescinde de los servicios del trabajador puesto a disposición⁴³⁰. Por otra parte, el empresario no podría alegar en estos supuestos una prórroga del contrato, ya que esta

⁴³⁰ En el ordenamiento francés éste es criterio seguido, esto es, se considera indefinido al trabajador continúe prestando sus servicios una vez ha finalizado la puesta a disposición (art. 124-7 del Code du Travail francés). Vid. AUVERGNON, F., y GIL GIL, J.L., “La réforme du droit du travail en Espagne”, *Droit Social*, nº 2, 1995, pág. 201.

modalidad contractual no es susceptible de ser prorrogada⁴³¹. Únicamente parece que podría hablarse de una cierta prórroga de la obra o servicio que dependan de la ejecución de un programa o plan público⁴³², supuestos en los que los contratos celebrados por las partes quedarán ampliados por el tiempo por el que se amplíe el plazo de ejecución del programa en cuyo desarrollo fueron concertados⁴³³. Ahora bien, resulta dudoso que incluso en estos casos pueda hablarse propiamente de una prórroga del contrato para obra o servicio determinado, puesto que el aumento de la duración del contrato vendría dado más bien por la ampliación de la obra o servicio por causas ajenas al empresario, es decir, no porque el empresario decida prorrogar la obra o servicio, sino porque en realidad dicha obra o servicio todavía no habría llegado a su finalización.

Para algunos autores contrarios a la coincidencia de causas entre el contrato temporal celebrado por la E.T.T. y el contrato de puesta a disposición celebrado entre ésta y la usuaria, no existe ningún inconveniente para que, a través de la negociación colectiva pueda establecerse una opción preferente en favor de que la E.T.T. contrate únicamente a los trabajadores a través del contrato por obra o servicio determinado⁴³⁴, justificando esta elección en el hecho de que, de todas las modalidades contractuales que se establecen en el art. 15.1 ET, la que mejor se adecua a la causa del contrato de trabajo de cesión temporal es la del contrato por obra o servicio, entendiéndose que el servicio se origina en la

⁴³¹ Tal como señalan BORRAJO DACRUZ, E., “Guía de la contratación laboral temporal”, Actualidad Laboral, 1985, pág. 1167, MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “La duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”, en AA.VV., “Comentarios a las leyes laborales” (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1983, pág. 43. Por el contrario, y a favor de las prórrogas en los contratos para obra o servicio determinado, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo”, en AA.VV. (Dir: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.), “Comentarios a la nueva legislación laboral. Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 104.

⁴³² Vid. las STS 11-10-1993 (Ar. 7587), STS 24-9-1993 (Ar. 8045), STS 25-1-1994 (Ar. 375), STS 17-5-1994 (Ar. 4212), STS 10-6-1994 (Ar. 5422), STS 3-11-1994 (Ar. 8590), STS 10-11-1994 (Ar. 8604), STS 21-7-1995 (Ar. 6324), STS 10-4-1995 (Ar. 3038), STS 19-5-1995 (Ar. 3988).

⁴³³ Así, la STS 18-5-1995 (Ar. 7579) razona que “los contratos celebrados por las partes quedaron prorrogados por el tiempo por el que se amplió el plazo de ejecución del Programa en cuyo desarrollo fueron concertados, por lo cual, a la fecha de la denuncia no se había cumplido el término, determinando ello que tales ceses fueran constitutivos de despidos improcedentes”. También la STS 28-12-1993 (Ar. 10074).

⁴³⁴ Este es el caso del convenio colectivo de Tempo Grup ETT, (DOGC de 28 de abril de 1995) y de Faster Ibérica (BOE 25-2-1997).

E.T.T. por la firma del contrato de puesta a disposición⁴³⁵. Esta elección que se produce en algunos convenios colectivos por el contrato por obra o servicio determinado plantea una cuestión importante en orden a la resolución del contrato entre la E.T.T. y el trabajador cedido. Al prever como único supuesto de realización del contrato el de obra o servicio determinado, se contempla paralelamente que la resolución del mismo tendrá lugar automáticamente cuando cesa el servicio, esto es, cuando se resuelve el contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria, en base al art. 49.1.c) del ET, esto es, “por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”. Asimismo, se añade por los autores partidarios de esta posibilidad que, de continuar la prestación laboral del trabajador en la empresa usuaria, se produciría el efecto previsto en el art. 7.2 L.E.T.T., es decir, que se le consideraría vinculado a dicha empresa por un contrato indefinido.

Anteriormente, ya se ha optado por una postura favorable a la coincidencia de causas entre el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la usuaria y el contrato de trabajo entre la primera y el trabajador puesto a disposición. La razón principal alegada en favor de esta interpretación estriba en el hecho de que sólo los supuestos enumerados en el art. 6 L.E.T.T. son los que justifican el hecho de poder recurrir a los servicios de una E.T.T., a lo que debe añadirse el requisito de que la puesta a disposición debe tener un carácter estrictamente temporal (art. 1 L.E.T.T.). En consecuencia, la temporalidad del contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la E.T.T. viene dada precisamente por la causa alegada por la empresa usuaria a la hora de recurrir a los servicios de aquella, pues la E.T.T. sólo puede poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador si se da alguno de los supuestos del art. 6 L.E.T.T.. Por otra parte, el hecho de que la duración de los contratos para obra o servicio determinado sea incierta -ya que no se sabe exactamente el momento en el cual van a finalizar la obra o servicio- resulta difícilmente compatible con el resto de supuestos en los que el contrato de puesta a disposición ha podido basarse a la hora de recurrir a los servicios de la E.T.T., supuestos

⁴³⁵Vid. DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato

en los que sí existe un término cierto -esto es, eventualidad, interinidad por vacante con reserva de puesto de trabajo e interinidad para cubrir una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción-.

Asimismo, en la misma línea en contra de la utilización del contrato para obra o servicio como la única modalidad posible que justifique el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, podría tomarse en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aquellos supuestos de contrata y subcontratas de obras o servicios. Dicha jurisprudencia⁴³⁶ -en unificación de doctrina- niega la posibilidad de vincular la duración de esta modalidad contractual a la de la contrata o subcontrata por el mero hecho de que la empresa principal haya recurrido a esta forma de descentralización productiva sin tener en cuenta si se dan los presupuestos que justifican dicha modalidad, tales como el deslinde nítido de la obra o servicio respecto de otras actividades, la precisión y claridad de las tareas que son objeto de dicho supuesto, así como un acotamiento temporal limitado -aunque incierto- de la duración de tales obras o servicios. El Tribunal Supremo pone un especial énfasis en el hecho de que la precisión y especificación de la obra o servicio resulta más claramente exigible en aquellos supuestos en la que la actividad laboral pactada ha de realizarse siempre en centros de trabajo ajenos (pertenecientes a clientes de la misma), de modo que la expresa mención del centro de trabajo en el contrato de trabajo -como lugar de la prestación de servicios- no dota por sí misma a éste de autonomía y sustantividad propias ni es tampoco expresiva de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo.

Aplicando dicha jurisprudencia al supuesto que nos ocupa podría decirse que, de la misma forma que el Tribunal Supremo ha razonado en el supuesto de contrata y subcontratas de obras o servicios, el puesto de trabajo que se pretende cubrir en la empresa

de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, op. cit. , pág. 52 y ss.

⁴³⁶ Tal como pone de manifiesto la STS 30-11-1992 (Ar. 9292), “la nota de duración limitada en el tiempo de la presencia temporal de un titular empresarial, consecuencia de la concesión que dicho titular explota y que se continúa, dado el carácter permanente del servicio, mediante sucesivas concesiones a nuevos titulares, no puede ser en este caso trasladada a los contratos de trabajo que un titular concierte para atribuirles una duración igual a la de la concesión”. En esta misma línea, vid. la STS 26-9-1992 (Ar.

usuaria a través de la utilización de los servicios del trabajador contratado por la E.T.T. no siempre va a poseer las notas que caracterizan la modalidad contractual para obra o servicio determinado, ya que en multitud de ocasiones también podrá responder cualquiera de los otros supuestos que justifican el recurso a las E.T.T., en función de lo previsto en el art. 6 L.E.T.T. -esto es, eventualidad, interinidad por vacante con reserva de puesto de trabajo e interinidad para cubrir una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción-. De ahí que el contrato de puesta a disposición aisladamente considerado no pueda constituir la única causa que justifique el recurso a esta modalidad contractual por parte de la E.T.T., sino que deberá de analizarse si se dan los presupuestos materiales que configuran la misma, lo cual vendrá dado necesariamente por el supuesto de temporalidad que haya fundamentado el recurso a los servicios de la E.T.T..

1.2.2. Eventualidad.

El segundo supuesto en que se permite la celebración del contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria tiene su causa en “las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa” (art 6.2.b) L.E.T.T.). Estamos, pues, en presencia de las causas configuradoras del contrato eventual por circunstancias de la producción. En este punto son aplicables, a mi juicio, las consideraciones que sobre este contrato ya han sido realizadas por la doctrina y por la jurisprudencia al tratar los fundamentos de la eventualidad en la contratación directa, de modo que ésta, como causa por la cual puede celebrarse un contrato de puesta a disposición, no significa que estemos ante un trabajo de distinta índole o naturaleza, sino de mayor intensidad, que no puede ser absorbido por la plantilla fija de la empresa⁴³⁷, lo que se produce cuando se trata de aumentos ocasionales de las labores y tareas que se tienen que efectuar⁴³⁸.

6816), STS 17-3-1993 (Ar. 1866), STS 4-5-1995 (Ar. 3746).

⁴³⁷ En este sentido CAMPS RUIZ, L.M., “La contratación laboral temporal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 56 y MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Estabilidad en el empleo y contratación temporal”, IELSS, Madrid, 1983, pág. 156.

⁴³⁸ Según la STS 21-1-1995 (Ar. 2169) “lo que caracteriza a la acumulación de tareas es precisamente la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste”. En igual

La doctrina se ha planteado la aplicabilidad o no de la legislación laboral común al contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la empresa usuaria cuando éste se realiza por acumulación de tareas o exceso de pedidos. En primer lugar, hay que resaltar que la duración del supuesto del contrato de puesta a disposición que tiene su causa en la eventualidad no coincide con la duración del contrato eventual previsto en el art. 15.1.b) ET. En este aspecto de la duración del contrato se produce el principal problema interpretativo, puesto que mientras la normativa específica de las E.T.T. dispone que la duración máxima del contrato es de seis meses -sin ninguna especificación más-, en el art. 15.1.b) E.T. se establece que el contrato eventual “podrá tener una *duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce* contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas”, ambos modificables por la negociación colectiva sectorial. El problema interpretativo se produce como consecuencia del hecho de que el art. 6.2.b) L.E.T.T. también ha silenciado otra mención contenida en el art. 15.1.b) E.T., según el cual “por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se pueden realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir”. Se plantea, pues, la dificultad de aplicar supletoriamente el art. 15.1.b) E.T., dificultad derivada del tenor de la Disposición Adicional Primera, que prescribe la aplicación supletoria de la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la E.T.T. y la usuaria, y no de la legislación laboral común.

La cuestión plantea dos posibles interpretaciones. Una interpretación literal de la L.E.T.T. no permitiría ninguna modificación en la duración máxima del contrato. Según dicha opción interpretativa, cuando la L.E.T.T. indica que la duración del contrato de puesta a disposición que tiene como causa la eventualidad tiene como duración máxima 6 meses -sin ninguna matización más- es porque ésta ha sido la intención del legislador. Un

sentido, vid. las STS 16-5-1994 (Ar. 4208), STS 30-4-1994 (Ar. 6312), STS 30-9-1994 (Ar. 7269), STS 5-10-1994 (Ar. 7749), STS 27-10-1994 (Ar. 8532), STS 3-2-1995 (Ar. 775).

sector de la doctrina⁴³⁹ se ha pronunciado en favor de esta tesis alegando que “los efectos del ejercicio por parte de la autonomía colectiva de las facultades que le confiere el art. 15.1.b) E.T. quedan circunscritos al ámbito que le es propio, el de la contratación laboral eventual, no siendo dable exportar su eficacia más allá de las lindes que trazan su soberanía normadora”, y ello porque las disposiciones del contrato de puesta a disposición poseen la estructura jurídica de las normas de orden público, por lo que no pueden alterarse por ninguna vía. Por lo tanto, según esta opción doctrinal, la duración del contrato de puesta a disposición no podría superar en ningún caso los 6 meses, independientemente de que la empresa usuaria pueda -por estar previsto en el convenio colectivo que le sea de aplicación- contratar trabajadores eventuales por plazo superior o inferior al indicado. Si tomamos en consideración una segunda interpretación opuesta a la anterior, sería posible la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo de la empresa usuaria en este punto. A favor de esta segunda opción se han pronunciado otro sector doctrinal, al señalar que si la empresa usuaria se ve afectada por un convenio colectivo en el cual se han modificado los plazos del contrato eventual, dicha modificación deberá afectar también a la duración máxima del contrato de puesta a disposición celebrado por esta causa⁴⁴⁰. En este sentido, numerosos son los convenios de E.T.T. que autorizan la modificación del límite de los 6 meses de duración en función de lo dispuesto en el convenio colectivo de la empresa usuaria⁴⁴¹.

⁴³⁹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, op. cit., pág. 86.

⁴⁴⁰ Vid. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. ” (dir: VALDÉS DAL-RÉ, F.), “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 117. Según este autor “la única modificación posible debe venir referida a la empresa usuaria, por lo que modificados dichos plazos por convenio sectorial que afecte a la empresa usuaria, de manera automática y directa se verá afectada la duración del contrato de puesta a disposición, pues esa modificación lo que viene a significar es un cambio en el alcance temporal de lo que puede entenderse por eventualidad”. En este sentido también se ha pronunciado CASTRO ARGÜELLES, M^a.A., “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, Documentación Laboral, n^o 44, 1994, pág. 39, “cuando se trate de atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, en aquellos supuestos en que por convenio sectorial aplicable a la empresa usuaria se modifique con carácter general la duración máxima de los contratos eventuales, en atención al carácter estacional en que dichas circunstancias se puedan producir”.

⁴⁴¹ El convenio colectivo de ECCO Trabajo Temporal S.A., E.T.T. (B.O.E. de 4 de noviembre) es un ejemplo de lo expuesto, cuando dispone “la duración de los contratos temporales de puesta a disposición será la determinada en el art. 7 LETT, de 1 de junio. No obstante ello, si a tenor de lo dispuesto en los apartados b) y d) del art. 15 del E.T., las empresas usuarias pudieran modificar dichos límites, ECCO podrá concertar la duración de los correspondientes contratos en función de la legislación o convenio que afecte a aquellos”. Otros ejemplos podemos encontrar en los convenios colectivos de Temps Trabajo Temporal E.T.T., S.A. (B.O. Comunidad de Madrid de 7 de noviembre de 1994), People Justo a Tiempo E.T.T., S.A. (B.O.E. de 5

Ante esta posible dualidad interpretativa, hay que tener presente que la jurisprudencia ha tratado la cuestión de la ampliación -a través de la negociación colectiva- de la duración del contrato eventual como causa del contrato de puesta a disposición, negando esta posibilidad por no haberse contemplado expresamente por la L.E.T.T.. Para el Tribunal Supremo (sentencia de 3 de junio de 1996⁴⁴²), la L.E.T.T. ha pretendido marcar la diferencia con respecto al art. 15.1.b) E.T., de forma que, por una parte, nos encontramos ante el contrato temporal (y su respectiva duración) que la empresa usuaria puede concertar directamente con el trabajador, y, por otra parte con el contrato de puesta a disposición (y su duración correspondiente), concertado entre la empresa usuaria y la E.T.T.. Asimismo, la sentencia de referencia ha señalado que la aplicación del art. 15.1.b) ET con el fin de modificar a través de convenio colectivo el límite temporal de seis meses vulnera el art. 7.1 en relación con el 6 L.E.T.T., porque el contrato de puesta a disposición tiene un límite temporal de seis meses, cuando se trata de contratos de eventualidad, y no puede ser de aplicación la prórroga convencional que permite el art. 15.b) del ET, *“ya que las empresas de contratación temporal se han de regir prioritariamente por las normas de la Ley 14/1994”*. Así, el art. 16.2 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T.⁴⁴³ establece la duración máxima de 6 meses en estos supuestos, a diferencia de lo que hacía el I Convenio Colectivo estatal⁴⁴⁴, en cuyo art. 14.2 se refería a una posible ampliación del plazo máximo del contrato eventual cuando el período de seis meses hubiese sido objeto de ampliación en el convenio colectivo de aplicación de la empresa usuaria⁴⁴⁵. De esta forma, el II Convenio estatal modifica la redacción inicial prevista para este supuesto, con la finalidad de adecuarse a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

de enero de 1995), Laborman E.T.T., S.A. (B.O.E. de 2 de febrero de 1995), FASTER Ibérica E.T.T., S.A. (B.O.E. de 10 de marzo de 1995), T.W. Teamwork E.T.T., S.L. (B.O.E. de 5 de abril de 1995) y Consultores de Empleo E.T.T., S.A. (B.O.E. de 7 de junio de 1995).

⁴⁴² Puede consultarse en Actualidad Laboral, nº36, 1996, ref. 1407, pág. 2.831.

⁴⁴³ B.O.E. 3-3-1997.

⁴⁴⁴ B.O.E. 21-4-1995.

⁴⁴⁵ El I Convenio Colectivo estatal de E.T.T. establecía una obligación adicional que no estaba prevista ni en la LETT ni en su reglamento de desarrollo, consistente en que “en este supuesto la empresa usuaria deberá acreditar ante la E.T.T. la ampliación acordada mediante negociación colectiva y consignar tal circunstancia en el contrato de puesta a disposición”.

Dicha interpretación jurisprudencial pretende, a mi juicio, consagrar una interpretación restrictiva en relación a la duración del contrato de puesta a disposición por esta causa⁴⁴⁶, en lógica coherencia con la función que la Ley atribuye a las E.T.T., esto es, la satisfacción de necesidades inmediatas y urgentes en la empresa usuaria⁴⁴⁷. En este punto, comparto los razonamientos del Tribunal, en el sentido de que la empresa usuaria siempre puede, una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, contratar al trabajador directamente, tal como prevé el art. 7.2 L.E.T.T.. Dicho precepto dispone que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Por “plazo de puesta a disposición” ha de entenderse, en mi opinión, el que se haya concertado concretamente en dicho contrato. Por lo tanto, si el empresario realiza un contrato inferior a seis meses y una vez acabado éste sigue necesitando los servicios del mismo trabajador, deberá realizar, bien una prórroga expresa del contrato hasta la duración máxima del mismo⁴⁴⁸, bien un nuevo contrato de puesta a disposición hasta la duración máxima de seis meses. No cabría, pues, una prórroga tácita por el tiempo que resta hasta cubrir el período máximo de 6 meses, por lo que si la empresa usuaria no optase por la prórroga expresa, parece que, en función del art. 7.2 L.E.T.T, deberemos considerar al trabajador vinculado a la empresa por tiempo indefinido.

⁴⁴⁶ Interpretación restrictiva que resulta adecuada a este tipo de relaciones si se tiene en cuenta que, según el análisis que ha llevado a cabo ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La contratación eventual en la negociación colectiva”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los efectos de la negociación colectiva de la Reforma del Mercado de Trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1996, pág. 63, “la negociación colectiva pone de relieve una tendencia a la intercambiabilidad de algunos contratos temporales por otros”, esto es, “una cierta pérdida de identidad que conduce a una permeabilidad de los prototipos legales en materia de contratación temporal”.

⁴⁴⁷ Y así, resulta posible, según CHALARON, Y., “La réforme du travail temporaire”, op. cit., pág. 379, la exigencia de una especial disposición de la empresa usuaria destinada a discernir a priori en qué consiste la necesidad temporal.

⁴⁴⁸ SALA FRANCO, T., “La reforma del mercado de trabajo”, op. cit., pág. 43, ha señalado la posibilidad de prórroga de los contratos eventuales que no hayan agotado la duración máxima de seis meses, añadiendo además que “nada obsta para que, prorrogado hasta el tope máximo de seis meses un contrato de puesta a disposición por este motivo inicialmente de duración inferior, pueda prorrogarse igualmente en paralelo el contrato de trabajo del trabajador temporal con la empresa de trabajo temporal”. A favor de la prórroga tácita, RUBIO DE MEDINA, D., “Las empresas de trabajo temporal y la terminación de los contratos de trabajo a efectos de acceder a las prestaciones de desempleo”, Diario La Ley, nº 4289, 1997, pág. 3, por aplicación de los arts. 8.2 RD 2546/1994 y 49.1 c) E.T.

Pero las divergencias entre la normativa prevista en el art. 15.1.b) E.T. y los arts. 6 y 7 L.E.T.T. no acaban con los problemas que se han expuesto anteriormente. Otra de las diferencias que pueden apreciarse entre ambas normas estriba en el hecho de que el empresario que estipula directamente con un trabajador un contrato eventual -a través del art. 15 del E.T.- debe hacerlo dentro del período de doce meses desde que se produzcan las mencionadas causas, actuando dicho lapso temporal como una limitación que se impone al empresario para evitar que éste recurra indiscriminadamente a esta modalidad e impedir de esta forma la sustitución de puestos de trabajo de naturaleza indefinida por otros temporales. Sin embargo, la omisión L.E.T.T. al período de doce meses -dentro del cual ha de computarse la duración máxima- vuelve a plantear la duda sobre si el contrato de puesta a disposición celebrado por circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos queda sujeto a dicho límite. Ante esta omisión L.E.T.T. cabrían nuevamente dos posturas interpretativas: entender que donde la Ley no impone un límite máximo éste no puede ser aplicable, o bien entender que éste debe aplicarse supletoriamente.

En una primera aproximación al análisis sobre la posibilidad de que pueda aplicarse el límite anual desde que comenzaron las causas que dan lugar a la eventualidad -art. 15.1.b) E.T.-, podría afirmarse que la postura que aquí haya de adoptarse debería resultar coherente con la mantenida con respecto al supuesto de la ampliación de la duración máxima de seis meses que ha sido analizado con anterioridad. Es decir, si se hubiese mantenido la opción interpretativa favorable en relación a que los convenios colectivos de E.T.T. pudieran remitirse a los de las empresas usuarias si es que éstos hubiesen alterado la duración del contrato eventual en uso de la facultad que les confiere el art. 15.1.b) E.T., la conclusión debería ser también afirmativa en favor de que a través de la negociación colectiva pudiera establecerse que los contratos de puesta a disposición cuya causa sea la eventualidad se vean sometidos a la limitación de doce meses contados desde que se produjesen dichas causas -tal y como dispone el art.15.1.b) E.T.-. Es decir, si se llega a la conclusión de que un aspecto es susceptible de ser impuesto a las E.T.T. a

través de la negociación colectiva, el otro también, lo cual en ambos casos plantea serias dudas ante el silencio L.E.T.T. en este punto.

Según una primera interpretación posible, el legislador habría omitido intencionadamente el límite temporal del año desde que comenzaron las causas con la finalidad de flexibilizar la contratación a través del recurso a las E.T.T.⁴⁴⁹. En apoyo de esta interpretación se señala que no podría ser aplicable a este supuesto la legislación laboral común, teniendo en cuenta que “los contratos de puesta a disposición son contratos mercantiles a los que no les es aplicable una norma laboral como el ET”⁴⁵⁰, dado que la Disposición Adicional Primera de la Ley señala que en todo lo no previsto en la L.E.T.T. se aplicará la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la E.T.T. y la empresa usuaria. Ahora bien, esta interpretación comportaría la consecuencia de que podrían celebrarse con el mismo trabajador distintos contratos de puesta a disposición bajo esta causa de eventualidad, y ello sin que la empresa usuaria tuviese que respetar el período de doce meses dentro del cual se debería de computar el citado plazo máximo⁴⁵¹.

En mi opinión, resulta más razonable una segunda interpretación, según la cual podría aplicarse el límite temporal anual del art. 15.1.b) E.T., en base a las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, hay que tener en cuenta los efectos que podría ocasionar la inaplicabilidad de dicho límite, esto es, la posibilidad de que la empresa usuaria utilizase esta vía para cubrir con trabajadores temporales trabajos permanentes, lo que no podría hacer si recurriese a la contratación directa a través del art. 15.1.b) del E.T.. Tal como se ha expuesto en el párrafo anterior, de no aplicarse el límite de los doce meses

⁴⁴⁹ En este sentido, vid. SALA FRANCO, T., “La reforma del mercado de trabajo”, op. cit., pág. 43, que señala que la omisión de la referencia al año “parece permitir, aunque es dudoso, una mayor libertad de contratación civil o mercantil de puesta a disposición que laboral eventual, posibilitando más de un contrato por razón de eventualidad dentro del año”.

⁴⁵⁰ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal”, Actualidad Laboral, nº1, 1996, pág. 8.

⁴⁵¹ En palabras de VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en AA.VV., “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995, pág. 85, “la inaplicación del referido período posibilitaría a una empresa cliente la celebración de sucesivos contratos de puesta a disposición y el consiguiente suministro de trabajadores para atender de modo indefinido y por el cauce que brinda el trabajo temporal sus necesidades productivas”.

nos encontraríamos con que podrían celebrarse con el mismo trabajador distintos contratos de puesta a disposición sin que la empresa usuaria tuviese que ajustarse al límite de los doce meses que le vendría impuesto si, por el contrario, hubiese concertado directamente dicha modalidad contractual. La utilización de este supuesto de puesta a disposición con la finalidad de eludir el límite de los doce meses impuesto por el art. 15.1.b) del ET supondría una conducta constitutiva de fraude de ley, pues lo que se pretendería realmente sería cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria a través de la interposición de la E.T.T.. Es por ello que sería aplicable a estos casos la figura del fraude de ley y, por consiguiente, la transformación del contrato temporal en otro por tiempo indefinido.

Por otra parte, hay que añadir que la utilización de este supuesto con el propósito de eludir el límite temporal de los doce meses choca frontalmente con la temporalidad necesaria del puesto de trabajo para poder acudir a los servicios que proporciona la E.T.T., puesto que es requisito indispensable la naturaleza extraordinaria de la necesidad del puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria y el carácter transitorio o temporal de dicha necesidad⁴⁵². La aplicación del límite anual establecido en el E.T., tiene la finalidad precisamente de evitar la concatenación de contratos eventuales por las empresas o la celebración de contratos eventuales sucesivos sin dejar apenas espacio temporal intermedio entre ellos, puesto que el contrato eventual tiene como causa poder hacer frente a un eventual incremento del trabajo en la empresa como consecuencia de “las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos”, necesidad por encima de la cual la eventualidad se transforma en normalidad -lo que justificaría una contratación por tiempo indefinido-, tal como ha señalado el Tribunal Supremo⁴⁵³. Esta segunda interpretación responde a una concepción acorde a la causa del contrato de

⁴⁵² En este sentido, PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 117, el cual señala que “la exigencia de la norma se vincula a la presencia de la causa temporal, y la duración del contrato deriva de lo que entiende la norma por circunstancias eventuales, aún referidas a la actividad normal de la empresa. De tal manera que toda situación de eventualidad que supere el plazo de seis meses la norma viene a entender que pierde su carácter coyuntura o temporal para convertirse en una actividad permanente”.

⁴⁵³ Vid. STS 10-5-1993 (Ar. 4046), STS 29-3-1993 (Ar. 2218), STS 23-12-1993 (Ar. 10.003), STS 27-7-1993 (Ar. 5988).

eventualidad⁴⁵⁴, puesto que evitaría, en mayor medida, el recurso a la contratación del trabajador por medio de una E.T.T. para cubrir puestos de trabajo en la empresa usuaria de carácter indefinido. Un sector de la doctrina se ha pronunciado a favor de esta interpretación, alegando la existencia de un principio de causalidad en la cesión de mano de obra equiparable al que rige la contratación temporal⁴⁵⁵.

A pesar de que, como se ha expuesto, existen argumentos de fondo que pueden justificar perfectamente la segunda de las opciones interpretativas, no cabe duda de que la literalidad del art. 7.1 L.E.T.T. puede dificultar dicha interpretación. De hecho, como ya se ha visto anteriormente, la STS de 3 de junio de 1996 se ha pronunciado en contra de aplicar la legislación laboral común en relación al supuesto de eventualidad, si bien concretamente en cuanto a la posibilidad de modificar por la vía de la negociación colectiva la duración máxima de seis meses establecida en el art. 15.1.b) E.T.. Aunque esta sentencia se refiere a la posibilidad de modificar el límite de los seis meses a través de la negociación colectiva, se está pronunciando en contra de la posibilidad de aplicar supletoriamente la legislación laboral común, posibilidad que niega por ser exclusivamente aplicables a estos casos los preceptos de la L.E.T.T., “*ya que las empresas de contratación temporal se han de regir prioritariamente por las normas de la Ley 14/1994*”. A esto hay que añadir que la cuestión que se plantea pertenece al ámbito del contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria, lo cual supone un obstáculo para aplicar la legislación laboral y seguridad social -y, por tanto, el art. 15.1.b) E.T.-, puesto que “en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la legislación civil y mercantil a las relaciones existentes entre (...) la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria” (Disposición Adicional Primera L.E.T.T.).

⁴⁵⁴ Sentencia de 12-6-1995 del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid, (Actualidad Laboral nº 40, 1995).

⁴⁵⁵ En opinión de VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, op. cit., pág. 85., de otro modo se violentaría “las opciones de política de derecho que informan el régimen del leasing laboral y que se sustancian en la introducción de un principio de causalidad en la cesión de mano de obra tendencialmente equiparable al que rige la contratación temporal”.

Numerosos convenios colectivos de E.T.T. han incluido, a la hora de regular los diferentes supuestos de puesta a disposición, el mencionado límite temporal a través de la vía de la negociación colectiva. Ello se ha hecho a través una vía indirecta, remitiéndose de forma genérica a la legislación laboral en aquellos aspectos relativos a las diferentes modalidades contractuales que no hayan sido previstos en la L.E.T.T.⁴⁵⁶. El propósito de estas cláusulas convencionales es la ampliación de los seis meses y también el incremento del arco temporal dentro del cual puedan realizarse, al establecer la aplicabilidad de la legislación laboral también estarían previendo el establecimiento del límite temporal anual. De este modo, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de dichos convenios pretenden que les sea aplicable supletoriamente el art. 15.1.b) E.T.. Estos convenios colectivos intentan salvar así la dificultad que surge para la aplicación de la normativa laboral a los contratos de puesta a disposición, ya que la Disposición Adicional Primera de la Ley constituye un serio obstáculo para dicha aplicación, ya que en ella se dispone que “en lo no previsto en la presente Ley se aplicará (...) la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria”.

En este punto, son trasladables nuevamente las consideraciones expuestas anteriormente en relación a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo partidaria de mantener separadamente la regulación de las modalidades de contratación temporal (art. 15 E.T.) de los supuestos en los que puede celebrarse el contrato de puesta a disposición (art. 6.2 L.E.T.T.). Asimismo, puede recurrirse, en mi opinión, a la aplicación de la doctrina del fraude de ley para poder evitar las consecuencias que podría ocasionar la omisión del límite anual del art. 15.1.b) E.T.⁴⁵⁷. Y ello porque la repetición de contratos bajo esta modalidad por la empresa usuaria supondría que a través de ella no se estarían

⁴⁵⁶ Es el caso del convenio colectivo de Laborman E.T.T., S.A (B.O.E. de 2 de febrero de 1995), en el que se dispone que “todos los contratos relacionados en anteriores parágrafos (se ha referido previamente a los mencionados en el art. 6.2 LETT) se ajustarán a lo establecido en las disposiciones vigentes sobre contratación”. Una cláusula prácticamente idéntica a la anterior incorporan también los convenios colectivos de las empresas FASTER Ibérica E.T.T., S.A. (B.O.E. de 10 de marzo de 1995), T.W. Teamwork E.T.T., S.L (B.O.E. de 3 de abril de 1995).

⁴⁵⁷ Tal y como ha señalado LÓPEZ LÓPEZ, J., “La contratación temporal y el fraude de ley”, Relaciones Laborales, nº 23, 1990, pág. 13, “las normas que se tratan de eludir en los casos de utilización de la contratación temporal en fraude de ley son las que garantizan la estabilidad en el empleo, siendo la respuesta que da el ordenamiento la conversión del contrato por tiempo indefinido”.

haciendo frente a necesidades temporales de mano de obra, sino permanentes, lo cual no resulta posible en virtud del art. 1 L.E.T.T.. La posibilidad de que las empresas usuarias acudiesen a las E.T.T. sin limitación temporal para contratar trabajadores eventuales no puede sustentarse legalmente si se piensa que la L.E.T.T. incide especialmente -a lo largo de su articulado- en el requisito de la temporalidad del puesto de trabajo que va a cubrir la empresa usuaria a través de los servicios de la E.T.T.. La puesta a disposición de trabajadores ha de ser excepcional, únicamente ante necesidades temporales de la empresa usuaria, por lo que la contratación a través de E.T.T. no puede abrir una vía de escape para evitar las limitaciones que el art. 15 del E.T. impone a la contratación directa de trabajadores. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado fraudulenta la realización de sucesivos y casi consecutivos contratos eventuales, justificando dicha opción en la proximidad en el tiempo de los sucesivos contratos y en el permanente desempeño del mismo puesto y de la misma actividad laboral de los trabajadores⁴⁵⁸.

A pesar de la línea jurisprudencial a la que se ha hecho referencia anteriormente, para poder considerar si nos encontramos o no ante un fraude de ley, no sería posible alegar la aplicación del límite temporal específico de una año del art. 15.1.b) E.T., ya que -siguiendo una interpretación coherente con la sentencia mencionada- la aplicación supletoria del art. 15 E.T. no debe realizarse en el ámbito de las E.T.T., en el cual es de aplicación específica la L.E.T.T.. Ahora bien, dicho límite temporal sí que puede servir como referencia para aplicar dicha doctrina del fraude de ley, en el sentido de que, puesto que el empresario no puede contratar directamente a un trabajador obviando dicho límite temporal -y ello con la finalidad de evitar la utilización abusiva de la eventualidad-, mucho menos podrá hacerlo a través del recurso a las E.T.T., por ser los trabajadores contratados por este tipo de empresas un colectivo especialmente protegido por la L.E.T.T. en relación a la posible utilización encubierta de este tipo de contratación para cubrir puestos indefinidos -y no temporales- en las empresas usuarias. Sin embargo, aun

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993 (Ar. 2218). También es relevante, para el caso objeto de estudio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1987 (Ar. 2817), en la que se constata la falta de correspondencia entre el trabajo contratado y el que se contempla en el art. 15.1.b) “cuando no se contrate para atender las necesidades coyunturales en atención a las causas que enumera el precepto legal”.

aceptándose en estos casos la teoría del fraude de ley, se podría plantear la duda sobre los efectos que debería tener la declaración de dicho fraude, es decir, en cuál de las dos empresas debería el trabajador considerarse contratado por tiempo indefinido, consecuencia aplicable del art. 15.3 del ET. El problema surge porque, por una parte, la E.T.T. es el empresario formal del trabajador, mientras que la empresa usuaria es la que ha cometido realmente el fraude de ley utilizando reiteradamente la posibilidad que le brinda la L.E.T.T. para atender necesidades permanentes -y no temporales- de mano de obra.. Es por esta última circunstancia que me inclino por la opción de que el trabajador debería entrar a formar parte, como trabajador fijo, de la plantilla de la empresa usuaria.

El art. 7.2 L.E.T.T. dispone que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Por “plazo de puesta a disposición” ha de entenderse, en mi opinión, el que se haya concertado concretamente en dicho contrato. Por lo tanto, si el empresario realiza un contrato inferior a seis meses y una vez acabado éste sigue necesitando los servicios del mismo trabajador, se plantea la duda sobre si deberá realizar, bien una prórroga expresa del contrato hasta la duración máxima del mismo, bien un nuevo contrato de puesta a disposición hasta la duración máxima de seis meses. En nuestra normativa laboral y en aquellos supuestos en los que el contrato eventual se hubiese concertado por un plazo inferior a los 6 meses, se permite la prórroga del contrato eventual a través de un acuerdo entre las partes, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicho límite máximo (art. 3.2.b) del RD 2546/1994). La doctrina ha admitido la posibilidad de la prórroga del contrato de puesta a disposición hasta el máximo de los seis meses y, paralelamente, la prórroga simultánea del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador hasta dicha duración máxima⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ SALA FRANCO, T., “La reforma del mercado de trabajo”, op. cit., pág. 43, ha señalado la posibilidad de prórroga de los contratos eventuales que no hayan agotado la duración máxima de seis meses, añadiendo además que “nada obsta para que, prorrogado hasta el tope máximo de seis meses un contrato de puesta a disposición por este motivo inicialmente de duración inferior, pueda prorrogarse igualmente en paralelo el contrato de trabajo del trabajador temporal con la empresa de trabajo temporal”.

La admisibilidad de la prórroga en los contratos de puesta a disposición, sin embargo, puede plantear las mismas dudas que se han expuesto anteriormente en relación a la aplicación supletoria de la normativa laboral. La L.E.T.T. no establece previsión alguna con respecto a una posible prórroga del contrato de puesta a disposición cuya causa sea la eventualidad, por lo que podría interpretarse -al igual que lo ha hecho la STS de 3 de junio de 1996- que la voluntad del legislador sea que los contratos de puesta a disposición se rijan únicamente por lo dispuesto en la L.E.T.T., sin que a los mismos les resulte de aplicación la prórroga prevista en el art. 3.2.b) del RD 2546/1994. En consecuencia, tampoco se producirá ninguna prórroga con respecto al contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, puesto que su duración debe coincidir necesariamente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10 L.E.T.T.). No resulta claro, pues, si “la finalización del plazo de puesta a disposición” a la cual hace referencia el art. 7.2 L.E.T.T. ha de entenderse referida al plazo inicial concertado en dicho contrato -sin posibilidad de prórroga alguna- o bien al plazo máximo de 6 meses previsto para este tipo de modalidad. En cualquier caso, y en el supuesto de admitirse la posibilidad de prórroga, ésta deberá contemplarse expresamente, pues la continuidad de las causas que justifican el contrato de puesta a disposición no se presumen, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos de contratación temporal directa cuya causa sea la eventualidad⁴⁶⁰. Por tanto, la empresa usuaria no podrá prorrogar tácitamente el contrato de puesta a disposición hasta los 6 meses que constituyen el plazo máximo de dicha modalidad. Así pues, si transcurrido el plazo inicial para el cual se hubiese celebrado el contrato de puesta a disposición el trabajador continuase prestando sus servicios en la empresa usuaria sin que se produzca prórroga expresa alguna, deberemos considerar al trabajador vinculado a dicha empresa por tiempo indefinido, en virtud de lo dispuesto en el art. 7.2 L.E.T.T..

1.2.3. Interinidad.

⁴⁶⁰ Así, pueden trasladarse aquí los razonamientos llevados a cabo por la STS 29-3-1993 (Ar. 2218), STS 10-5-1993 (Ar. 4046), STS 27-12-1993 (Ar. 5988), STS 23-12-1993 (Ar. 10003), según la cual “cuando se celebra el nuevo contrato, vivo el precedente, se pretende prorrogar temporalmente la atención de la necesidad que se quiere satisfacer, lo que hubiere podido conseguir con el mismo contrato primitivo, siempre que demostrase la duración temporal, conforme autoriza el último inciso del art. 3.2.c) del RD

El tercer supuesto en que se permite la celebración del contrato de puesta a disposición es aquél que se realice “para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo”. En este supuesto se está contemplando la causa que da lugar al contrato de interinidad en el art. 15.1.c) del E.T. La razón de ser del contrato de puesta a disposición celebrado bajo este supuesto es la misma que la del contrato de interinidad regulado en el art. 15.1.c) del E.T., es decir, la necesidad por parte de las empresas de sustituir temporalmente a aquellos trabajadores que se ausenten de su puesto de trabajo y que tengan derecho a reserva de puesto de trabajo. Debido a la mención expresa únicamente a la sustitución de trabajadores con reserva de puesto de trabajo se está excluyendo la posibilidad de acudir a los servicios de la E.T.T. cuando no exista legalmente derecho a reserva de plaza, sino tan sólo un derecho preferente al reingreso.

Respecto a la duración de este contrato, el art. 7.1 establece que “coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que lo motivó”. Así pues, la duración del contrato de puesta a disposición coincidirá en este caso con el tiempo que dure la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Como ya se ha puesto de manifiesto en los anteriores supuestos, el art. 7.2 L.E.T.T. dispone que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Vuelve a surgir la problemática de la posible conversión en indefinido en la empresa usuaria del contrato celebrado por esta causa. Otra vez vuelven a plantearse dos posibles interpretaciones para la solución de este problema. Se plantea la posibilidad de realizar una interpretación literal, según la cual no será posible la aplicación del art. 7.2 de la Ley. Y ello porque este contrato no tiene una duración cierta predeterminada en el momento de la celebración del contrato, sino que su duración coincide con el tiempo durante el cual subsista la causa que lo motivó, es decir, la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Por lo tanto, al no existir el “plazo” al que se refiere el art. 7.2., no será posible su conversión en indefinido. Una segunda interpretación finalista -por la que ya me he decantado con

anterioridad en el supuesto para obra o servicio determinado- consistiría en entender que la mención de la L.E.T.T. al plazo ha de entenderse de forma que se incluyan también aquellos supuestos en los que la duración es incierta en el tiempo. Y ello porque no resultaría acorde al objetivo perseguido por la L.E.T.T. que el trabajador pudiera adquirir la condición de fijeza en la empresa usuaria en función de si su contrato posee o no un término cierto, pues la finalidad de este precepto es consolidar la situación del trabajador que, una vez terminado el contrato de puesta a disposición, continúa prestando sus servicios en la empresa usuaria, independientemente de que su contrato esté sujeto a un término cierto o incierto.

Ahora bien, aun optando por una interpretación más flexible del concepto de “plazo”, podemos encontrarnos con un problema interpretativo que ya se planteó la jurisprudencia con la regulación anterior del contrato de interinidad, prevista en el R.D. 2104/1984, de 21 de noviembre -actualmente, como ya se ha puesto de manifiesto, la normativa aplicable es el R.D. 2546/1994, de 29 de diciembre-. El art. 4.2.d) del RD 2104/1984 consideraba indefinido el contrato de interinidad en dos supuestos: cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido y cuando tras la reincorporación del sustituido el interino continuase prestando servicios en la empresa. La dificultad estribaba en compatibilizar estos dos preceptos con lo establecido en el art. 4.2.b) del R.D. 2104/1984, esto es, el hecho de que la duración del contrato venía dada por el tiempo durante el que subsista el derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Con la normativa anterior -RD 2104/1984-, la jurisprudencia se pronunció en una primera etapa a favor de que, al desaparecer la causa del contrato -la reserva del puesto de trabajo-, se extinguía automáticamente éste, por lo que, una vez extinguido el contrato, ya no jugaba la condición resolutoria y, por consiguiente, el trabajador no podría pasar a ser indefinido⁴⁶¹. Sin embargo, el Tribunal Supremo cambió esta tendencia, al consolidarse una línea favorable a la conversión del contrato en indefinido, en base a que la no reincorporación del sustituido constituye una condición resolutoria que hace que el interino pase a ser fijo

de plantilla⁴⁶². La jurisprudencia se ha decantado por la tesis de la condición resolutoria en la configuración del contrato de interinidad, alegando la presunción del anterior art. 15.1 del E.T. y la necesidad de proveer a las empresas de fórmulas legales para cohonestar sus necesidades de producción con los derechos de los trabajadores a la reserva del puesto de trabajo, armonizando la interinidad con el carácter permanente del puesto de trabajo que el interino desempeña⁴⁶³.

La regulación que realiza la L.E.T.T. del supuesto de interinidad como causa del contrato de puesta a disposición podría llegar a plantear en la práctica problemas muy similares a los suscitados con la normativa anterior al R.D. 2546/1994 en relación al contrato temporal de interinidad. Por una parte, el art. 7.1. dispone que la duración del contrato de puesta a disposición “en los demás supuestos -entre los que se incluye el de interinidad- coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el respectivo contrato”. Por otra parte, el art. 7.2. establece que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Así pues, la cuestión estribaría en si el art. 7.2. actuaría a modo de condición resolutoria -esto es, si el trabajador cedido consolidaría su puesto con carácter indefinido en la empresa usuaria por la no reincorporación del ausente- o bien, una vez finalizada la causa de la interinidad, finalizará simultáneamente el contrato de puesta a disposición. La doctrina se ha manifestado a favor de la segunda de las interpretaciones, justificando dicha opción en el hecho de que en las

⁴⁶¹ Vid. las STS 18-7-1986 (Ar. 4244), STS 21-7-1986 (Ar. 4271) y STS 30-11-1986 (Ar. 5210).

⁴⁶² Vid., STS 17-11-1987 (Ar. 8000), en la que se llega a las conclusiones siguientes: “es cierto que la Sala, interpretando la normativa anterior a la vigencia del R.D. 2104/1994 ha admitido la licitud de la extinción del contrato, aun sin reincorporación del sustituido, cuando cesa el derecho a la reserva del puesto de trabajo por muerte, invalidez permanente o jubilación de aquél o por su no reincorporación en plazo (...) pero esa interpretación no puede continuar manteniéndose tras la entrada en vigor del R.D. citado, cuyo art. 4.2.d) prevé que el contrato se considerará indefinido cuando no se hubiera producido la reincorporación del sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido”. En este sentido, señala la STS 17-11-1987 (Ar. 8000) “se crea una expectativa para el interino de conservar su puesto cuando no se produzca la reincorporación, pues si la condición no se cumple en el plazo señalado o su cumplimiento se hace imposible, la relación se consolida cesando únicamente la interinidad”. STS 7-12-1988 (Ar. 9577), STS 26-9-1988 (Ar. 7112), STS 30-9-1988 (Ar. 7154), STS 28-12-1992 (Ar. 10368), STS 28-1-1993 (Ar. 376) y STS 24-5-1994 (Ar. 4297).

⁴⁶³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J., “El desarrollo reglamentario de la contratación temporal. La Orden de cotización para 1995”, Relaciones Laborales, T. I., 1995, pág. 1143; GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada”, Actualidad Laboral, nº

E.T.T. se dan una serie de peculiaridades que impiden aplicar la regla de la conversión del contrato por tiempo indefinido, ya que ello constituiría una contradicción con la propia esencia de la institución, al permitir una cesión del trabajador por tiempo indefinido al servicio de la empresa usuaria⁴⁶⁴.

Por el contrario, podría optarse por una segunda interpretación, que consistiría en el mantenimiento de la primacía de la condición resolutoria en la configuración normativa del contrato de puesta a disposición -cuya causa fuera la interinidad-, extendiendo a estos supuestos la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en los supuestos de contratación directa con anterioridad al RD 2546/1994, y prevaleciendo así la expectativa para el trabajador de conservar el puesto de trabajo cuando no se produzca la reincorporación del ausente. Esta segunda interpretación no estaría exenta de problemas, ya que, a pesar de que la jurisprudencia se ha inclinado -en sentido favorable al trabajador- por la opción de la condición resolutoria, hay que tener en cuenta que el problema puede volver a resurgir con la L.E.T.T., que expresamente establece que la duración del contrato de puesta a disposición en el supuesto estudiado “coincidirá con el tiempo durante el cual subsista *la causa que motivó el respectivo contrato*”. Así, la expresa mención de la L.E.T.T. a la causa del contrato puede favorecer la postura que considera que esta modalidad se extingue al finalizar la causa que dio origen a éste, sin que el interino pudiera, pues, consolidar el puesto de trabajo por la no reincorporación del sustituido.

Por otra parte, la nueva redacción del contrato de interinidad contenida en el art. 4.2.c) del RD 2546/1994 parece haberse decantado definitivamente por la configuración de esta modalidad como contrato de naturaleza temporal sujeto a término, al incluir entre sus causas de extinción “la reincorporación del trabajador sustituido, el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación y la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo” (art. 4.2.c del RD 2546/1994), y

20, 1995, pág. 196.

⁴⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 82, señala que “en tales casos, habría que entender que se produce la extinción del contrato de trabajo, pues también con ello se produce la terminación del contrato de puesta a disposición”.

haciendo desaparecer, como causa de conversión de dicho contrato en indefinido, la no reincorporación del sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, desapareciendo definitivamente la mención contenida en el art. 4.2.d del RD 2104/1984 - que se aplicaba anteriormente al RD 2546/1994 en materia de contratación laboral por tiempo determinado-. En este sentido se ha pronunciado la generalidad de la doctrina⁴⁶⁵ al señalar que, al establecerse como causa extintiva del contrato por el RD 2546/1994 la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, ha de entenderse que con ello se impide la consolidación del puesto de trabajo por parte del interino porque se marca un término final de duración del contrato, término que viene dado al finalizar la causa que da origen al contrato de interinidad o bien al vencimiento del plazo fijado -legal o convencionalmente- para la incorporación. En consecuencia, la extinción del derecho a reserva de puesto de trabajo impide de forma definitiva la reincorporación del sustituido a su antiguo puesto de trabajo, marcándose así un término final de duración del contrato. Ahora bien, en el supuesto de que el trabajador continúe prestando sus servicios tras la reincorporación del sustituido se considerará vinculado a la empresa por tiempo indefinido por la expresa previsión contenida en el art. 8.2 del RD 2546/1994, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación⁴⁶⁶.

1.2.4. Durante el proceso de selección o promoción.

La última causa prevista para la celebración del contrato de puesta a disposición consiste en la cobertura “de forma temporal de un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción” (art. 6.2.d. L.E.T.T.)⁴⁶⁷. Su objeto consiste en permitir que las E.T.T. cubran las necesidades temporales de las empresas usuarias

⁴⁶⁵ Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J., “El desarrollo reglamentario de la contratación temporal. La Orden de cotización para 1995”, op. cit., pág. 1144; CAMPS RUIZ, L.M., “La contratación laboral temporal”, op. cit., págs. 91-94; MORÓN PRIETO, R., “La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica”, Relaciones Laborales, T.II, 1995, pág. 281; ANDINO AXPE, L.F., “Los nuevos contratos temporales”, Actualidad Laboral, nº31, 1995, pág. 546.

⁴⁶⁶ MONGE RECALDE, J.L., “Comentarios a la reforma laboral de 1994”, Barcelona, 1994, pág. 289-290, señala que “parece que habría de estarse a lo que el contrato indique, pero aún así, habría que plantearse si el contrato puede incluir cláusulas contrarias a las del citado Decreto”, si bien se refiere al RD 2104/1984.

⁴⁶⁷ Fruto de la enmienda presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió (enmienda nº78), Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 22 de febrero de 1994.

mientras duran los procesos señalados⁴⁶⁸. Bajo este supuesto se viene a reconocer una subclase del contrato de interinidad que, aunque no figura en el art. 15.1.c) del E.T., fue regulada por vía reglamentaria a través del R.D. 2546/1994 (art. 4). En cuanto a dichos procesos, a mi juicio, la L.E.T.T. contempla tanto el procedimiento no reglado del empresario que desea cubrir un puesto de trabajo en su empresa -a través de un procedimiento de selección basado en pruebas de conocimiento, aptitudes psicológicas, etc.-, como aquellos procedimientos reglados en determinados sectores o empresas en que se exige la superación de determinadas pruebas de aptitud o cursos de capacitación. Con respecto a estos últimos, los casos más frecuentes son los procedimientos de selección e ingreso en la Administración Pública, consistentes en oposición, concurso de méritos o concurso-oposición, es decir, aquellos en los que el proceso de colocación se realiza a través de un procedimiento reglado predeterminado en el que figuran unas bases para el acceso, unas pruebas objetivas y un procedimiento de reclamación⁴⁶⁹. Éstos también se observan a menudo en el sector servicios -Banca y Seguros- y en empresas que imponen procedimientos reglados de selección del personal -como por ejemplo R.E.N.F.E.-, sectores en los que los convenios colectivos limitan el poder empresarial en cuanto al contenido de las pruebas que los aspirantes deben realizar. Con la entrada en vigor de la L.E.T.T., el recurso a las E.T.T. para la cobertura de vacantes era la única vía que tenían las empresas privadas con procesos de selección en curso para poder ocupar los puestos vacantes, puesto que la generalización de este supuesto en la normativa laboral común no se produjo hasta la promulgación del R.D. 2546/1994.

La duración del proceso de selección está limitada a un máximo de tres meses (art. 7.1 L.E.T.T.), con el objeto de impedir que éste se alargue innecesariamente o que sea una excusa para evitar la contratación directa del trabajador, pues, como ya se ha visto, el recurso a las E.T.T. únicamente se justifica para dar cobertura a necesidades estrictamente temporales de las empresas usuarias. En este punto, surge el interrogante de qué sucede si

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 84-85, ha matizado que “la necesidad es temporal para la empresa usuaria no porque el puesto de trabajo a cubrir lo sea -puede serlo o no-, sino porque hay una necesidad de ocuparlo provisionalmente hasta que se cubra de forma permanente”.

la empresa necesita más tiempo del establecido imperativamente por la L.E.T.T. para dar por terminado el proceso de selección o promoción. La Ley no concreta si la duración de tres meses ha de referirse al supuesto de la cesión de un determinado y concreto trabajador, por lo que de la redacción legal cabría interrogarse sobre si cabe la posibilidad de que llegado el término previsto, se vuelva a realizar otro contrato con diferente trabajador. Incluso podría plantearse el supuesto de que, una vez extinguido el contrato con el trabajador, se vuelva a contratar al mismo mediante un nuevo contrato de puesta a disposición. Y ello porque la L.E.T.T. no ha articulado mecanismos para impedir esta situación de concatenación de contratos bajo el pretexto de estar realizando el proceso de selección, y así, el único recurso para impedir estas conductas sería la consideración de que los empresarios que las llevan a cabo incurren en fraude de ley por no ser ésta la finalidad perseguida por la L.E.T.T., y, por tanto, podría considerarse una cesión ilegal con los efectos que el art. 43 E.T. atribuye, esto es, la opción del trabajador a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria. Por otra parte, en el caso de que una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, el trabajador continuase prestando sus servicios -sin que ni siquiera se hubiese celebrado un contrato de puesta a disposición distinto-, se debe considerar al trabajador vinculado a la empresa usuaria por un contrato por tiempo indefinido, por expresa prescripción del art. 7.2 L.E.T.T..

El supuesto de celebración del contrato de puesta a disposición par cubrir de forma temporal un puesto permanente mientras dura el proceso de selección o promoción plantea problemas añadidos en el ámbito de la Administración Pública⁴⁷⁰. En este punto, es necesaria la matización de que en las empresas públicas se venía admitiendo por la jurisprudencia el contrato de interinidad para cubrir plazas vacantes - no así en la empresa privada-, ya que se entendía por el Tribunal Supremo que el art. 4 del RD 2104/1984 debía ser interpretado como incluyente y comprensivo de los contratos de interinidad que concertaban las Administraciones Públicas para ocupar provisionalmente plazas vacantes, en tanto no fuesen designadas las personas que hubieran de ostentar su titularidad por los

⁴⁶⁹ SALA FRANCO, T., "La libertad empresarial de contratación", MTSS, Madrid, 1980, pág. 97.

cauces normativos⁴⁷¹, tendencia que se ha confirmado con la previsión del art. 4 del RD 2546/1994. Sin embargo, de la conjunción de la normativa laboral referente a la contratación por tiempo determinado y de la normativa en relación a las E.T.T. surge el problema en el ámbito de la Administración Pública de cómo deben cubrirse las plazas vacantes que tuviesen su causa en la realización de los procesos correspondientes de selección. Se plantea la duda sobre si las empresas públicas pueden, la única vía para las empresas públicas es seguir celebrando directamente contratos de interinidad con el trabajador o bien si a partir de la L.E.T.T. podrán también recurrir a los servicios de una E.T.T. que proporcione el trabajador para dar cobertura a dicha plaza hasta que fuese ocupada definitivamente.

En mi opinión, resulta más adecuada, desde una perspectiva legal, la contratación directa del interino hasta que se proceda a la cobertura de la vacante en la Administración pública. En primer lugar, porque el R.D. 2546/1994 contiene una expresa mención a que “en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos de interinidad coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”, mención no prevista en la L.E.T.T. que únicamente establece un plazo general de tres meses para llevar a cabo la cobertura de la vacante. En este sentido, las peculiaridades que con respecto al sector público contempla el art. 4 del RD 2546/1994 y que, por el contrario no prevé la L.E.T.T. sería un argumento en contra del recurso a las E.T.T. por parte de las empresas públicas. No obstante, contra esta interpretación podría decirse que no existe ninguna prohibición expresa en la L.E.T.T. que impida que las Administraciones Públicas

⁴⁷⁰ Es posible su celebración para RODRÍGUEZ RAMOS, P.T., “El contrato de interinidad por vacante”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 83, mientras se respete la duración máxima de tres meses.

⁴⁷¹ Vid. STS 27-3-1992 (Ar. 1880), STS 2-11-1994 (Ar. 10336), STS 17-5-1995 (Ar. 4445), STS 18-5-1995 (Ar. 5355), STS 12-6-1995 (Ar. 4894), STS 15-6-1995 (Ar. 5357), STS 6-7-1995 (Ar. 5479), STS 14-7-1995 (Ar. 6258), 15-7-1995 (Ar. 6262), STS 24-7-1995 (Ar. 6334), STS 25-7-1995 (Ar. 6335), STS 31-7-1995 (Ar. 6725), STS 27-9-1995 (Ar. 6914), STS 29-9-1995 (Ar. 6926), STS 4-10-1995 (Ar.7584), STS 6-10-1995 (Ar.7200), STS 10-10-1995 (Ar.7678), STS 25-10-1995 (Ar. 7873), STS 7-11-1995 (Ar. 8252), STS 29-3-1996 (Ar. 2502), STS 10-5-1996 (Ar. 4390), STS 14-5-1996 (Ar. 4400), STS 20-6-1996 (Ar. 5218), STS 22-6-1996 (Ar. 5226), STS 26-6-1996 (Ar. 5309), STS 27-7-1996 (Ar. 6425), STS 6-11-1996 (Ar. 8408), STS 13-11-1996 (Ar. 8614), STS 16-11-1996 (Ar. 9448); STS 4-2-1997 (Ar. 973); STS 10-2-1997 (Ar. 1254); STS 14-2-1997 (Ar. 1345); STS 4-3-1997 (Ar. 2242); STS 13-3-1997 (Ar. 2894); STS 20-5-1997 (Ar. 4106); STS 22-9-1997 Ar. 6575); STS 24-9-1997 (Ar. 6850).

utilicen los servicios de las E.T.T.. El argumento podría ir más allá, admitiendo incluso la aplicación supletoria del art. 4.2.b) del R.D. 2546/1994.

En este sentido, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si es posible la ampliación del período de selección cuando no haya finalizado dicho proceso en la Administración Pública, decantándose por la admisión de dicha ampliación⁴⁷², por lo que podríamos pensar que habría argumentos a favor de la opción de que sea posible extender el período de selección al plazo previsto en la normativa que lo regule en aquellos supuestos en que la Administración no haya cubierto la plaza en el período de 3 meses que marca la L.E.T.T.. Sin embargo, contra esta argumentación ya se ha tenido ocasión de ver que el Tribunal Supremo, respecto al supuesto de eventualidad, se ha pronunciado en contra de la aplicación supletoria de la normativa laboral común, de forma que la razón de que la L.E.T.T. no haya establecido determinadas previsiones que sí que se contienen en la normativa laboral común es porque el recurso a las E.T.T. se han de regir prioritariamente por las normas de la L.E.T.T., tal como señala la STS 3-6-1996. En mi opinión, la exclusiva mención al período de 3 meses, sin establecer ninguna previsión para el ámbito de la empresa pública, pretendería establecer una restricción consciente por parte del legislador en relación a la duración del contrato de puesta a disposición por esta causa, en lógica coherencia con la función que la Ley atribuye a las E.T.T. en relación a la satisfacción de necesidades inmediatas y urgentes en la empresa usuaria. Además, de no adecuarse dicho plazo al ámbito de una concreta empresa pública, ésta siempre posee la alternativa de contratar directamente los servicios de un trabajador por la vía de la interinidad por vacante prevista en el art. 4 del RD 2546/1994. Así pues, en el supuesto de que se opte por la posibilidad de que las empresas públicas recurran a los servicios de una E.T.T., habría de respetarse el período de 3 meses que establece el art. 7.1. L.E.T.T..

Sin embargo, si el argumento de la mayor adecuación de la normativa laboral común no resulta suficiente, existen otros argumentos de índole constitucional que

⁴⁷² Vid. las STS 1-4-1991 (Ar. 3241), STS 11-5-1992 (Ar. 3539), STS 22-5-1992 (Ar. 3590), STS 6-6-1992 (Ar. 4532).

impiden, a mi juicio, la posibilidad de la utilización de las E.T.T. en el ámbito de la empresa pública. Así, el necesario respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la función pública, avalarían esta conclusión, en virtud de lo dispuesto en el art. 23.2 CE, en el que se reconoce a los ciudadanos el “derecho a *acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes*”, así como en el 103.3 C.E., que establece que “*la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”. La garantía del cumplimiento de estos principios tiene su reflejo legal en el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, según el cual “*las Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad*”, reiterándose dicha exigencia en el art. 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local⁴⁷³.

La cuestión consiste, pues, en dilucidar si la cobertura de vacantes mientras dura el proceso de selección y promoción a través del recurso a las E.T.T. por parte de la Administración se adecua, pues, a dichos principios constitucionales. En mi opinión, la respuesta ha de ser negativa, atendiendo a una serie de razones. Por una parte, por los propios principios que han de regir la contratación laboral que se realiza directamente por parte de la Administración Pública. Ésta no puede libre o discrecionalmente elegir la persona que estime conveniente para que preste servicios retribuidos por su cuenta, sino que debe contratar a la persona más idónea en virtud de un procedimiento objetivo de

⁴⁷³ Tal como ha señalado GONZÁLEZ RUIZ, J., “Los principios constitucionales de acceso a la función pública y los Derechos Fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 283, el bloque de legalidad ordinaria “constituye la concreción o configuración legal de los principios contenidos en los arts. 23.2 y 103.3 C.E.”.

selección. Para el cumplimiento de esta exigencia, el art. 35 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado, establece que los contratos de personal laboral no permanente “se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad”, valorándose los méritos y las pruebas en los procesos selectivos por órganos colectivos y colegiados de selección, de composición impar, de los que al menos uno tendrá que ser designado por los representantes de los trabajadores, según el art. 30 de esta misma norma.

El establecimiento de estos criterios objetivos no presenta diferencias importantes con respecto a la selección de los funcionarios, hasta tal punto que las normas que rigen las convocatorias de éstos se aplican también a las del personal laboral, según lo dispuesto en el art. 29 del RD 364/1995. De ahí que la doctrina se haya cuestionado si en la contratación de duración determinada está sujeta también a estos estrictos criterios de selección a través de procedimientos de tipo objetivo, o bien la contratación temporal puede llevarse a cabo de una forma más flexible, de forma similar a la práctica de la empresa privada. Comparto la opción doctrinal que se decanta por la exigencia de procedimientos reglados para la selección del personal laboral contratado por tiempo determinado, ya que el art. 19 de la Ley 30/1984 no distingue entre personal fijo o temporal, lo cual se ha justificado en el hecho de que el servicio prestado es el mismo y la eficacia exigible al personal que lo desempeña también⁴⁷⁴. Por ello, el posible argumento en relación al principio de eficacia respecto de la actuación administrativa -establecido en el art. 103.1 C.E.-, no resulta suficiente para justificar el recurso de la Administración a las E.T.T., de tal forma que se prescinda de cualquier tipo de procedimiento de selección objetivo.

En segundo lugar, hay que destacar que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, posterior en el tiempo a la L.E.T.T., no ha contemplado a lo largo de su articulado la posibilidad de que éstas recurran a los servicios

de las E.T.T. en aquellos supuestos en los que se urge la necesidad de cubrir un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección o promoción. No obstante, esta omisión no sólo puede interpretarse como una negativa a la posibilidad de que la Administración recurriese a este tipo de empresas, sino que también podría defenderse la postura contraria, argumentándose que la norma administrativa no establece prohibición alguna, por lo que podría presumirse la presunción a favor de la utilización de las E.T.T. en el ámbito de las Administraciones Públicas en base a la libertad de pactos establecida por el art. 4 de la Ley 13/1995⁴⁷⁵. Sin embargo, considero que existen argumentos para justificar la primera de las posiciones expuestas, y en base a ello, la negativa al recurso por parte de la Administración a los servicios de las E.T.T..

Por un lado, el carácter administrativo de la Ley 13/1995 impediría su aplicación supletoria, puesto que la Disposición Adicional Primera L.E.T.T. remite únicamente a la legislación civil y mercantil el régimen jurídico supletorio del contrato de puesta a disposición, con una total omisión de la legislación administrativa, cuyos requisitos - contemplados en la Ley 13/1995- son exigibles cuando en el ámbito de la contratación por parte de las Administraciones Públicas. Bien es verdad que contra esta argumentación podría objetarse que en este supuesto sería de aplicación la teoría de los actos separables⁴⁷⁶, debiendo distinguirse entre los procedimientos administrativos preparatorios -sujetos a la Ley 13/1995- y el subsiguiente contrato de puesta a disposición regulado por la L.E.T.T., de tal forma que antes de nacer el contrato habría que pasar por una fase preparatoria previa de carácter administrativo destinada a formalizar el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración de una forma reglada y objetiva, pero que una vez concluida dicha fase preparatoria podría ser de aplicación las

⁴⁷⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas”, Civitas, Madrid, 1995, págs. 185-186, y GARCÍA LÓPEZ, R., “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 44, 1990, pág. 669.

⁴⁷⁵ Según el cual “la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”.

⁴⁷⁶ Tal como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, págs. 54, “los actos preparatorios (...) son, pues,

previsiones de la L.E.T.T. relativas al contrato de puesta a disposición, ya que la Ley 13/1995 permite la formalización de contratos privados en el ámbito de las administraciones públicas -adecuándose al régimen jurídico establecido en el art. 9.1 de dicha norma-. De seguir con esta argumentación, habría de concluirse con la posible dualidad jurisdiccional, de tal forma que aquellas cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos quedarían atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que el conocimiento de aquellas cuestiones relativas al contrato de puesta a disposición corresponderían al ámbito de la jurisdicción ordinaria, cumpliéndose las previsiones del art. 9.2 de la Ley 13/1995⁴⁷⁷.

Sin embargo, entiendo que, a pesar de que pudiera ser de aplicación la doctrina de los actos separables, el recurso por parte de la Administración a las E.T.T. no se ajusta a la finalidad perseguida por la Ley 13/1995 en relación a aquellos supuestos que previsiblemente podrían ser solicitados a una E.T.T., es decir, aquellos supuestos de servicios y trabajos específicos, concretos y no habituales de la Administración -Título IV, Libro II, arts. 197 y ss de la Ley 13/1995-. La regulación de estos contratos administrativos exige que las empresas adjudicatarias sean personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad posea una relación directa con el objeto del contrato y que se acredite debidamente que dispone de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato (art. 198 de la Ley 13/1995), lo cual no puede predicarse de las E.T.T., cuya actividad consiste exclusivamente en la cesión temporal de trabajadores a empresas usuarias.

Por otra parte, las Administraciones Públicas están obligadas a la aprobación de unos instrumentos precisos de ordenación y gestión de los recursos humanos que integran su organización, instrumentos que reciben el nombre del Relaciones de Puestos de Trabajo

perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona después de ellos, y, por supuesto, de su contenido”.

⁴⁷⁷ Según el cual “el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados

(R.P.T.), y que comprenden los puestos de trabajo debidamente organizados que persiguen la racionalidad de la estructura de la Administración en orden a los principios de eficacia y eficiencia (art. 103.1 C.E.). Las R.P.T. constituyen los instrumentos técnicos a través de los cuales se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, de tal forma que deberán comprender tanto aquellos puestos de trabajo a ocupar por personal funcionario como el número y características de los que pueden desempeñarse por personal laboral (arts. 15 y 16 de la Ley 30/1984). De esta forma, las R.P.T. reflejan una imagen de la organización de las Administraciones Públicas en cuanto a la dimensión y organización del personal a su servicio según un esquema previsto en el que se contienen las distintas disponibilidades de personal en función de la ordenación del trabajo, objetivos, funciones, estructura organizativa y dotación de los servicios.

Únicamente en supuestos excepcionales y para desempeño accidental de tareas no permanentes, pueden presentarse necesidades puntuales de cobertura de puestos de trabajo al margen de las R.P.T., para cuya provisión ya se contemplan suficientes mecanismos a través de la contratación temporal de personal laboral o mediante el nombramiento de personal funcionario interino (orden de 28 de febrero de 1986, por la que se establecen normas para la selección del personal funcionario interino). Comparto la posición a favor de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la contratación laboral por tiempo determinado en el ámbito de la función pública, puesto que en definitiva todos ellos, con independencia de su vínculo jurídico y de que sean o no permanentes, acceden al desempeño de cargos o funciones públicas de carácter profesional⁴⁷⁸. Existe el supuesto especial de la máxima urgencia en el desempeño temporal de funciones que, excepcionalmente, permite la contratación laboral y el nombramiento directo de funcionarios interinos con publicidad posterior, en el que los requisitos de selección podrían atenuarse, sin que ello significase la eliminación de

ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción”.

⁴⁷⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función pública”, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 133.

cualquier procedimiento objetivo de selección⁴⁷⁹. Si este tipo de contratación posee un carácter estrictamente excepcional es precisamente porque el legislador ha considerado su carácter subsidiario con respecto a la ordenación de puestos de trabajo llevada a cabo por las R.P.T., por lo que, a mi juicio, en los supuestos en que -debido a la excepcionalidad y la urgente necesidad- no pudiera recurrirse a los criterios expuestos en las mismas, ya existen mecanismos suficientes que puedan dar lugar a la cobertura de este tipo de puestos de trabajo a través del personal laboral temporal⁴⁸⁰, sin que, por tanto, sea conveniente el recurso a las E.T.T., que no se encuentran en la línea de respetar el preceptivo procedimiento reglado, objetivo y respetuoso con los principios proclamados por el art. 103.3 C.E. en el ámbito del acceso a la Función Pública⁴⁸¹.

El Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el margen de discrecionalidad que posee la Administración en relación a la determinación de los requisitos necesarios para el desempeño de cada puesto de trabajo, así como los que deben reservarse a funcionarios públicos en atención a la naturaleza de su contenido, declarando inconstitucional la antigua redacción del art. 15.1, que encomendaba al Ministerio de la

⁴⁷⁹ Vid. el art. 27 del RD 365/1995, de 10 de marzo, de Ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, el cual establece -para los interinos- que “el procedimiento deberá posibilitar la máxima agilidad en la selección, en razón de la urgencia requerida para cubrir los puestos de trabajo en tanto se destina a los mismos a funcionarios de carrera”, lo que no impide que el procedimiento de selección deba garantizar la objetividad de la selección, mediante pruebas o fórmulas idóneas, según la opinión -que comparto- de SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función pública”, op. cit., pág. 133. En esta misma línea, vid. el art. 298.3 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña y el art. 15 del RD 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública (D.O.G.C. 3-11-1997).

⁴⁸⁰ Excepcionalmente, podrán ser cubiertos por personal laboral temporal (art. 15.1 Ley 30/1984):

1º) Los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

2º) Los puestos cuyas actividades propias de oficios, los de vigilancia, custodia, porteo y análogos.

3º) Los puestos de carácter instrumental (áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil, comunicación social, áreas de expresión artística y áreas de servicios sociales y protección de menores).

4º) Puestos correspondientes a actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios con la preparación específica necesaria.

5º) Puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares.

⁴⁸¹ En este sentido, el Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10-12-1997, original mecanografiado, suspendió el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alicante a través del cual se acordó acudir a los servicios de una E.T.T. que, además de que ello podría suponer una vulneración de los arts.

Presidencia la determinación de ambas materias. Entendió el citado Tribunal que este apoderamiento indeterminado que el antiguo art. 15.1 confería al Ministerio de la Presidencia entrañaba una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 C.E. y, en consecuencia, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto -crucial para la estructura de las Administraciones Públicas- las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por órganos de la Administración.

El Tribunal Constitucional concluye su razonamiento con la necesidad de encuadrar legislativamente las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las normas -en este caso el art. 15.1 de la Ley 30/1984-, siendo el último inciso del citado precepto - en el que se dice que el Ministerio de la Presidencia debía especificar “aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”- declarado inconstitucional por la imprecisa referencia que no vinculaba efectivamente a la decisión administrativa. Con esta doble doctrina del Tribunal constitucional -necesidad de una ley que establezca los criterios de clasificación de los puestos de trabajo en funcionariales y laborales y el carácter excepcional del régimen laboral respecto del funcional-⁴⁸², se aprobó la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984, modificando la redacción del art. 15 en el siguiente sentido: “los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos (...) serán desempeñados por funcionarios públicos”, y dejando excepcionalmente para ser desempeñados por personal laboral una serie de supuestos que expresamente enumera.

La mayor reticencia que surge a la hora de valorar el recurso a las E.T.T. por parte de la Administración es, precisamente, el margen de discrecionalidad que le confieren a la hora de dar cobertura a un puesto de trabajo concreto sin haber realizado previamente los

23.2 y 103.3 C.E., este tipo de contratación “puede derivar en fácil medio para eludir las limitaciones porcentuales relativas al acceso de nuevo personal a la Administración Pública”.

⁴⁸² SALA FRANCO, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública”, MAP, Madrid, 1989, pág. 20.

preceptivos procedimientos de selección, lo que no resulta coherente con la opción - primero del Tribunal Constitucional y luego del legislador- de que el acceso a la función pública se haga normalmente por funcionarios, y dejando excepcionalmente la cobertura de determinados puestos de trabajo al personal laboral. Aunque el Tribunal Constitucional basó su argumentación en el respeto a los criterios legales marcados por la norma legal, puede entenderse, a mi juicio, el necesario trasfondo que supone el acceso a la función pública a través de los principios de mérito y capacidad, lo cual, como ya se ha visto anteriormente, no se cumple a través del recurso por parte de la Administración a las E.T.T.. De hecho, el necesario respeto de las Administraciones al principio de legalidad obliga a las mismas a seguir las reglas establecidas por el art. 19 de la Ley 30/1984, según el cual “las Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. De ahí que las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en relación a la anterior redacción del art. 15.1 de la Ley 30/1984 pudieran ser trasladadas analógicamente para justificar la negativa a que la Administración utilice los servicios de las E.T.T..

A las razones alegadas con anterioridad, es necesario añadir la incompatibilidad del art. 7.2 L.E.T.T. con los principios que deben regir el acceso a la función pública del art. 103.3 C.E. Como se recordará, el mencionado precepto de la L.E.T.T. establece la presunción de que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido en el supuesto de que el trabajador continuase prestando sus servicios en la empresa usuaria, con la particularidad de que en el caso que se está analizando la empresa usuaria es la Administración. Este precepto plantea numerosos problemas, máxime si se tiene en cuenta la línea jurisprudencial mayoritaria que se decanta por la negativa a la conversión del contrato temporal de interinidad en un contrato por tiempo indefinido en el ámbito de la Administración Pública. Así, el Tribunal Supremo ha venido declarando que en los supuestos en los que el trabajador sustituido no se hubiese reincorporado, no podía primar

la condición resolutoria -a diferencia de lo que ocurría en el ámbito de la empresa privada, para quien sí se admite esta solución-, por lo que el contrato no podría convertirse por tiempo indefinido, teniendo en cuenta lo establecido por la Ley 30/1984 en relación a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. En aquellos supuestos en los que el contrato de interinidad se celebre con la Administración, la no reincorporación del sustituido -por ejemplo en el supuesto de jubilación del mismo- no puede provocar el efecto antes indicado, si bien sí que se extiende la duración del contrato de interinidad hasta que la vacante así generada sea definitivamente cubierta por el procedimiento adecuado. En tales supuestos, en vez de una condición resolutoria, actuaría un término -si bien incierto en cuanto a su fecha-, dado que dicha provisión, salvo amortización de la plaza, tendría que producirse por ser legalmente obligada la inclusión de la vacante en la oferta pública de empleo, de tal forma que el cese impuesto debe llevar aparejado el mantenimiento del interino hasta que se cubra definitivamente la plaza vacante por el procedimiento reglamentariamente establecido al respecto⁴⁸³.

Asimismo, en los supuestos en los que se acredite demora o retraso en la cobertura de la plaza, ésta puede implicar infracción de normas administrativas, pero no puede constituir ni un fraude de ley en la contratación temporal ni la transformación de esa contratación en indefinida⁴⁸⁴, porque la función típica de la contratación temporal en la Administración es la de desempeñar provisionalmente un puesto de trabajo que no ha sido objeto de cobertura reglamentaria en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por otra parte, en los supuestos en los que la Administración no haya utilizado la modalidad contractual adecuada -caso de celebrar un contrato para obra o servicio determinado en vez de un contrato de interinidad-, la relación tampoco adquirirá el carácter de indefinida, ya que, según el Tribunal Supremo, ello sólo implica una

⁴⁸³ STS 26-12-1995 (3185), STS 24-1-1996 (Ar. 4130), STS 5-12-1996 (Ar. 9640), STS 17-12-1996 (Ar. 9715), STS 20-12-1996 (Ar. 9813).

⁴⁸⁴ En este sentido, las STS 7-11-1995 (Ar. 8252), STS 28-11-1995 (Ar. 8673), STS 16-1-1996 (Ar. 191), STS 24-6-1996 (Ar. 5300) y STS 11-12-1996 (Ar. 9619), STS 23-12-1996 (Ar. 9849) ponen de manifiesto que la creación y dotación de plazas en las Administraciones públicas no protegen el interés del trabajador contratado temporalmente para desempeñarlas de forma provisional, sino dos intereses distintos constitucionalmente reconocidos: 1) el interés público en el control del empleo en las

irregularidad formal que no desvirtúa la naturaleza real de la interinidad por vacante⁴⁸⁵. Con anterioridad al RD 2546/1994, la doctrina⁴⁸⁶ ya se manifestó a favor de una postura que armonizase el principio de estabilidad en el empleo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, creándose la figura del “interinaje impropio” que -rechazando también la posibilidad de la conversión del contrato por tiempo indefinido- justificaba el mantenimiento de la interinidad hasta que se produjese la cobertura del puesto mediante el correspondiente proceso de selección, sin que ello signifique que la contratación temporal irregular pueda ser utilizada como “patente de corso”⁴⁸⁷ por parte de la Administración para cubrir sus necesidades sin trámite alguno, siendo exigibles otro tipo de responsabilidades para la Administración infractora, tales como sanciones administrativas a imponer por la autoridad laboral y, especialmente, una eventual responsabilidad disciplinaria y penal por utilización incorrecta de la legislación laboral.

1.3. La continuación de la prestación de servicios una vez finalizado el contrato de puesta a disposición.

Puede ocurrir que, una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, el trabajador continúe prestando sus servicios para la empresa usuaria. En estos casos, el art. 7.2 L.E.T.T. establece que se considerará al trabajador vinculado a la empresa

Administraciones y su conformidad con las previsiones presupuestarias, y 2) el interés de todos los ciudadanos en el acceso en términos de igualdad al empleo público.

⁴⁸⁵ STS 2-11-1994 (Ar. 10336), STS 18-5-1995 (Ar. 5355), STS 17-7-1995 (Ar. 6268), STS 22-1-1996 (Ar. 4128), STS 21-2-1996 (Ar. 3253), STS 30-3-1996 (Ar. 2505), STS 17-4-1996 (Ar. 3319), STS 23-4-1996 (Ar. 3401), STS 10-5-1996 (Ar. 4390), STS 13-5-1996 (Ar. 4393), STS 14-5-1996 (Ar. 4400), STS 17-5-1996 (Ar. 4471), STS 21-5-1996 (Ar. 4604), STS 3-6-1996 (Ar. 4874), STS 12-6-1996 (Ar. 5065), STS 17-6-1996 (Ar. 5168), STS 20-6-1996 (Ar. 5218), STS 22-6-1996 (Ar. 5226), STS 24-6-1996 (Ar. 5298), STS 26-6-1996 (Ar. 5309), STS 4-7-1996 (Ar. 5635), STS 10-7-1996 (Ar. 6366), STS 19-7-1996 (6371), STS 27-7-1996 (Ar. 6425), STS 24-9-1996 (Ar. 6852), STS 9-10-1996 (Ar. 7609), STS 4-11-1996 (Ar. 8402), STS 6-11-1996 (Ar. 8408), STS 13-11-1996 (Ar. 8614), STS 5-12-1996 (Ar. 9062), STS 16-11-1996 (Ar. 9448); STS 9-10-1997 (Ar. 7195); STS 24-9-1997 (Ar. 6850); STS 25-9-1997 (Ar. 6621); STS 22-9-1997 (Ar. 6575); STS 9-6-1997 (Ar. 4690); STS 22-5-1997 (Ar. 4419); STS 30-4-1997 (Ar. 3560); STS 29-4-1997 (Ar. 3555); STS 17-4-1997 (Ar. 3207); STS 13-3-1997 (Ar. 2894); STS 21-3-1997 (Ar. 2610); STS 20-3-1997 (Ar. 2606); STS 4-3-1997 (Ar. 2242).

⁴⁸⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., “Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal en las Administraciones Públicas”, Poder Judicial, nº4, 1986, pág. 153.

⁴⁸⁷ SALA FRANCO, T., “Incidencias de la legislación laboral en el marco de la Función Pública”, op. cit., págs. 38-39.

usuaria a través de un contrato por tiempo indefinido. Anteriormente ya se han analizado determinados problemas puntuales que pueden surgir cuando se aplica dicho precepto a los diferentes supuestos del contrato de puesta a disposición. A continuación, se volverá a analizar este tema desde un punto de vista general, a partir de los problemas interpretativos comunes a todos ellos.

En cuanto al carácter de la presunción, puede plantearse la duda interpretativa de que la misma sea una presunción *iuris tantum*, o bien *iuris et de iure*. Si en vez de estar en presencia de un contrato de puesta a disposición nos encontrásemos ante un supuesto de contratación directa se aplicaría la regla prevista en el art. 49.1 E.T., esto es, si una vez expirada la duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato se continuase prestando los servicios en la empresa, el contrato se deberá considerar prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. El hecho de que la presunción establecida en el art. 49 E.T. sea *iuris tantum* puede constituir un argumento de importancia para interpretar que la presunción contenida en el art. 7.2 L.E.T.T. posee idéntico carácter. Por otra parte, si atendemos a los principios generales en materia de contratación, habrá que tener presente que el art. 1251 C.C. establece que “las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”, de tal forma que el único modelo de presunción legal relevante sería la presunción *iuris tantum*⁴⁸⁸.

Sin embargo, puesto que el art. 7.2 L.E.T.T. no posee ninguna mención en favor de la admisibilidad de prueba en contrario del carácter indefinido de la prestación que haga concluir indubitadamente en favor de dicho carácter, por lo que también sería posible una segunda interpretación a favor de la presunción *iuris et de iure*. Esta ausencia de mención expresa al carácter *iuris tantum* de la prestación podría interpretarse que responde a una voluntad legislativa encaminada a un plus de

⁴⁸⁸ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 46.

protección en los supuestos en los que el trabajador que continúa prestando sus servicios en la empresa haya sido contratado previamente por una E.T.T.. Así, podría establecerse un paralelismo entre este tipo de presunción y la establecidas con carácter *iuris et de iure* en el E.T., cuyo carácter de presunción *iuris et de iure* es predicable a pesar de que la norma no ha establecido expresamente esta condición⁴⁸⁹ Por una parte, el paralelismo resultaría posible con respecto a aquellos supuestos en los que haya existido una cesión fraudulenta de trabajadores conforme a lo dispuesto en el art. 43 E.T., precepto en el que se prevé el derecho de opción del trabajador cedido fraudulentamente a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria. También podría establecerse una analogía entre la redacción dada a este tipo de presunción y la presunción *iuris et de iure* de los contratos temporales celebrados en fraude de ley del art. 15.3 E.T., de tal forma que el tipo de presunción contenida en el art. 7.2 L.E.T.T. actuaría del mismo modo que lo hace el precepto estatutario, siendo la conversión en indefinido la respuesta de la normativa de E.T.T. a este tipo de actuaciones, sin que quepa el juego de la presunción del art. 8.2 que acredite la naturaleza temporal del contrato⁴⁹⁰.

En relación al cómputo de la antigüedad en la empresa usuaria, no se establece ninguna previsión en relación a si se ha de remontar al momento en que el trabajador fue contratado por la E.T.T. para prestar sus servicios en la empresa usuaria, o bien la dicha antigüedad ha de empezar a computarse únicamente a partir del momento en el que, una vez extinguido el contrato temporal, el trabajador continúa prestando sus servicios en la empresa usuaria. Nuevamente surgen las dudas como consecuencia de que el sujeto que aparece formalmente como empresario en el contrato temporal previamente realizado al trabajador es la E.T.T., no la empresa usuaria. La cuestión estriba en dilucidar si el cambio de la empresa contratante -de la E.T.T. a la empresa usuaria- supone la extinción del primero de los contratos que impida el cómputo de la antigüedad, o bien se produciría una novación modificativa subjetiva en la que subsistiría la relación precedente porque

⁴⁸⁹ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L; GARCÍA NINET, I; LÓPEZ GANDÍA, J.; SALA FRANCO, T., “Derecho del Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 367.

⁴⁹⁰ Vid, en este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, J., “La contratación temporal y el fraude de ley”, op. cit., pág. 339.

prevalece el hecho de que lo único que cambia es el sujeto acreedor de la prestación laboral y el trabajador continúa prestando la misma actividad anterior.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia -en los supuestos de contratación eventual directa efectuada a través del art. 15.1.b) E.T.- se ha decantado en favor de la extensión de la antigüedad al momento en que se realizó la primera de las contrataciones, es decir, que en aquellos supuestos en los cuales un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo y, a continuación, es seguido por un contrato indefinido entre los mismos sujetos contractuales -bien porque el trabajador continúe la prestación de servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato-, ha de entenderse que la antigüedad del trabajador se ha de remontar al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. Ello significa que la novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación, y, por ello, en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la sucesión de contratos no provoca la existencia de relaciones sucesivas diferenciadas, siempre que el trabajador continúe desarrollando la misma prestación de servicios que con anterioridad al contrato indefinido⁴⁹¹.

La postura jurisprudencial expuesta con anterioridad podría ser mantenida en el presente supuesto, porque, en mi opinión, el cambio de empresario que se produce no supone una novación extintiva del contrato de trabajo que el trabajador había celebrado previamente con la E.T.T.. Y ello por una serie de razones. En primer lugar, para poder afirmar el carácter de extintiva de la novación por el cambio del acreedor de la obligación, han de darse una serie de presupuestos: 1) el consentimiento del nuevo acreedor, 2) la voluntad del antiguo de llevarla a cabo y 3) el consentimiento del deudor, ya que éste -a pesar de que continúa con la misma obligación- se ve sometido a un cambio sustancial en cuanto a la personal que resulta acreedor de su deuda⁴⁹². En mi opinión, los dos primeros

⁴⁹¹ Vid. STS 12-11-1993 (Ar. 8684) y STS 10-4-1995 (Ar. 3034).

⁴⁹² RIVERO LAMAS, J., "La novación del contrato de trabajo", op. cit., págs. 249 y ss.

requisitos no se cumplen, ya que, no parece posible un pacto encaminado a la novación extintiva de la obligación, puesto que una vez finalizado el contrato de puesta a disposición se rompe la relación trilateral que hasta ese momento había existido. Y ello porque una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, corresponde exclusivamente al ámbito decisorio de la empresa usuaria la voluntad de que el trabajador siga prestando sus servicios en la misma, bien expresamente en el caso de que dicha empresa decida contratar directamente al trabajador tras la finalización del contrato de puesta a disposición, o bien tácitamente por finalizar el plazo del contrato de puesta a disposición y continuar el trabajador prestando sus servicios -tal como establece el art. 7.2 L.E.T.T.-, todo ello sin ningún protagonismo por parte de la E.T.T., que ya deja de ser parte de la relación triangular.

Es más, tal como establece el art. 7.3 L.E.T.T., “será nula toda cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición”, lo cual reafirma la posición de la voluntad del legislador de evitar los posibles pactos entre ambas empresas más allá de lo que constituye la estricta puesta a disposición. Por otra parte, tampoco puede decirse que exista una voluntad del trabajador en favor de proceder a una novación extintiva de las condiciones adquiridas anteriormente con la E.T.T., principalmente porque el hecho de pasar a formar parte de la empresa usuaria no significa la renuncia a los derechos que ha consolidado con anterioridad. Por otra parte, el contrato de trabajo previamente celebrado con la E.T.T. ha supuesto la consolidación de un *status* jurídico del trabajador que quedaría afectado si se admitiese la novación extintiva en este ámbito. Es decir, de aceptar dicha novación extintiva se abre la puerta a posibles vulneraciones del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrado en el art. 3.5 E.T., ya que la novación extintiva supondría una evidente renuncia en relación a la antigüedad como consecuencia del contrato celebrado previamente con la E.T.T.. Asimismo, la posición jurídica que ocupa el trabajador con la empresa usuaria es la misma que tenía con respecto a la E.T.T., lo que vuelve a poner de manifiesto la artificialidad de la bifurcación de los poderes empresariales que se produce como consecuencia de la intermediación de la

E.T.T.. Además de las razones expuestas, hay que añadir que si la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra partidaria del mantenimiento de las condiciones laborales del trabajador en los supuestos de contratación laboral directa -específicamente en cuanto a los derechos económicos, como hemos visto anteriormente-, con mayor motivo puede defenderse una postura contraria a la posibilidad de la novación extintiva en el ámbito de las E.T.T., pues de lo contrario el recurso a las mismas podría constituir un mecanismo para eludir las obligaciones que las empresas usuarias sí que vendrían obligadas a cumplir si hubiesen contratado directamente al trabajador, lo que sería constitutivo de fraude de ley.

Ahora bien, contra la postura mantenida anteriormente podría alegarse que el cambio de titularidad empresarial podría llevar consigo la pérdida de las condiciones laborales adquiridas como consecuencia de la relación anterior con la E.T.T., y ello desde la perspectiva de su consideración como condiciones más beneficiosas que podrían modificarse por el acuerdo novatorio de las partes⁴⁹³, negándose el carácter de derechos irrenunciables a aquellos que han sido adquiridos mediante pactos o concesiones de carácter individual⁴⁹⁴. Si se optase por esta postura, la consecuencia más importante sería que, al quedar extinguida la relación laboral con la E.T.T., desaparecerían todos aquellos derechos y condiciones que se han consolidado en el patrimonio laboral del trabajador. Desde la perspectiva de su consideración como condiciones más beneficiosas, todos aquellos derechos adquiridos se vincularían al mantenimiento de la relación laboral, por lo que extinguida ésta en la E.T.T. desaparecerían también todos los derechos que ésta lleva consigo, desde el momento en que el trabajador pacta un contrato de trabajo nuevo en su totalidad con la empresa usuaria, tal sería el caso de los pluses de antigüedad y de las preferencias para los ascensos⁴⁹⁵. Sin embargo, este supuesto concreto que se refiere a

⁴⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La condición más beneficiosa”, Documentación Laboral, nº 33, 1991, pág. 64.

⁴⁹⁴ En este sentido, vid. DE LA VILLA GIL, L.E., “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, Revista de Política Social, nº 85, pág. 38; MONTROYA MELGAR, “Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1997, pág. 226; CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., pág. 339; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, “Derecho del Trabajo”, op. cit., págs. 898-899.

⁴⁹⁵ RIVERO LAMAS, J., “Contrato de Trabajo y antigüedad en la empresa”, Revista de Política Social, nº

derechos consolidados por el trabajador en función de la antigüedad del contrato precedente, no deberían ser considerados, a mi juicio, como condición más beneficiosa, porque la antigüedad que ha derivado de la anterior relación con la E.T.T. se incluye dentro de la misma esencia del contrato, debiendo mantenerse cuando éste entra a formar parte de la plantilla de la empresa usuaria si se opta por la tesis de la continuidad del vínculo laboral.

No obstante, podría dudarse en cuanto a si otro tipo de condiciones laborales deben ser mantenidas y, en consecuencia, tampoco podrían ser objeto de novación extintiva, o por el contrario, podrían considerarse condiciones más beneficiosas susceptibles de dicha novación. En mi opinión, este tema ha de ser tratado desde la perspectiva del principio pro operario, criterio que ya ha sido utilizado para solventar la dicotomía entre autonomía colectiva y autonomía individual, impidiendo que la voluntad individual se exceda afectando al principio de indisponibilidad de los derechos reconocidos por el convenio colectivo⁴⁹⁶. De esta forma, habrá que tener presente que la libertad de las partes a la hora de pactar acuerdos novatorios con efectos extintivos ha de verse matizada, en especial por lo que se refiere al trabajador, por la posición de dependencia del mismo a lo largo de la relación laboral, que hace difícil la distinción entre la modificación mutuamente consentida de aquella otra impuesta unilateralmente. En estos casos, podrían trasladarse las consideraciones realizadas por CRUZ VILLALÓN en relación a los acuerdos modificativos impropios⁴⁹⁷, quien considera que no puede objetarse nada en cuanto a la forma de manifestarse la voluntad del trabajador, pues resulta indudable que se ha llevado a cabo su aceptación formal, ni tampoco se trata de un problema de renuncia de derechos. En estos supuestos lo que se produce es una situación de supremacía empresarial dentro de la relación laboral que puede forzar a que el trabajador acepte el empeoramiento de sus condiciones laborales.

64, 1964, pág. 32. Es conveniente destacar que, aunque el autor es partidario de que con la extinción del contrato se extingan a su vez los derechos vinculados a la antigüedad, establece la excepción en aquellos casos en los que, tras la finalización de un contrato temporal, se celebra un contrato por tiempo indefinido.

⁴⁹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva", *Relaciones Laborales*, nº 6, 1991, pág. 39.

Esta situación de subordinación del trabajador en la aceptación de las condiciones laborales se agrava, a mi entender, todavía más en el caso del trabajador contratado previamente por la E.T.T. que ve abierta una posible vía de estabilizar su situación laboral a través de la contratación posterior en el ámbito de la empresa usuaria. De ahí que no pueda pasarse por alto que el contrato de trabajo es un negocio jurídico en el que el principio general de conservación del negocio jurídico tiene un papel especialmente relevante⁴⁹⁸. En los supuestos en los que el trabajador ha sido contratado previamente por la E.T.T. y posteriormente entra a formar parte de la plantilla de la empresa usuaria, podría afirmarse que se produce una continuidad en la prestación laboral -que es la misma que antes venía desempeñando en el ámbito organizativo de la empresa usuaria-, por lo que, en base a dicha continuidad en la prestación, puede defenderse la prolongación del vínculo jurídico cuando el trabajador pasa a ser contratado posteriormente por la empresa usuaria. El carácter tuitivo del ordenamiento laboral se manifestaría en estos casos a través del fortalecimiento de la posición del trabajador que entra a formar parte de la empresa usuaria, en orden a la conservación de las condiciones laborales que ya había obtenido cuando prestaba los servicios en la misma -si bien a través del contrato celebrado con la E.T.T.-⁴⁹⁹.

1.4. Consecuencias de la ilicitud del contrato de puesta a disposición.

Como ya se ha expuesto anteriormente, la validez del contrato de puesta a disposición depende del hecho de que con el se pretenda cubrir un puesto de trabajo de naturaleza temporal en la empresa usuaria, y no indefinida. Aunque la temporalidad de la cesión es un elemento que el legislador ha obviado en la definición del contrato de puesta a disposición del art. 6.1 L.E.T.T., la obligación de ceder temporalmente a los trabajadores

⁴⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., págs. 371-372.

⁴⁹⁸ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E. “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 181.

⁴⁹⁹ Son trasladables a este supuesto las consideraciones de MONTALVO CORREA, J., “Fundamentos de Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1975, pág. 241, cuando afirma que “de esta forma se restringe el poder de desistimiento del empleador, justamente con el fin de hacer posible una situación de real libertad

es una exigencia que se establece en el art. 1 L.E.T.T., cuando señala que la actividad de la ETT es la puesta a disposición a la empresa usuaria, con carácter temporal, de trabajadores por ella contratados. Temporalidad que debe responder a razones urgentes y excepcionales en la empresa usuaria, de tal forma que quedarían excluidos los trabajos que suelen repetirse cíclicamente o de forma estacional, del mismo modo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley francesa⁵⁰⁰. Esta exigencia también se ha reiterado en el art. 6.2, al determinar -en relación a los supuestos de utilización- que los servicios de la E.T.T. son para satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria. Por lo tanto, la omisión de este elemento en la definición del contrato de puesta a disposición, se puede corregir con los dos preceptos mencionados, a pesar de que hubiese sido deseable que el legislador hubiese vuelto a remarcar esta característica en el concepto que estamos analizando.

Así pues, entiendo que será nulo el contrato de puesta a disposición⁵⁰¹ para cubrir un puesto de trabajo de naturaleza indefinida, y no temporal. Esto significa que si se ha llegado a producir la cesión del trabajador a la empresa usuaria, ésta debería de ser calificada como una cesión ilegal⁵⁰², cuyas consecuencias está reguladas en el art. 43 ET: la responsabilidad solidaria de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social y la posibilidad del trabajador de adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente -la E.T.T.- o la cesionaria -la empresa usuaria-⁵⁰³, en este último caso manteniendo los derechos y obligaciones que correspondan en condiciones

del trabajador”.

⁵⁰⁰ El art. L 124-2-4 de la Ley francesa prevé que las necesidades de la empresa usuaria debe ser “exceptionnel et temporaire”, lo que ha llevado a CHALARON, Y., “La réforme du travail temporaire”, *Droit Social*, nº 4, 1982, pág. 375-376, a señalar que están excluidos los trabajos estacionales, puesto que éstos son excepcionales pero se integran dentro del ritmo normal de la empresa.

⁵⁰¹ Del mismo modo que para PETIT, M., “Le travail temporaire. Les pratiques et leur justification judiciaire”, *op. cit.*, pág. 135, puede predicarse la nulidad en ausencia de forma escrita en el contrato de puesta a disposición entre ambas empresas.

⁵⁰² Conclusión a la que llega CAMPS RUIZ, L.M., “La nueva regulación del mercado de trabajo”, *Tirant lo Blanch*, *op. cit.*, pág. 65. Según este autor, “la expresión «términos que legalmente se establezcan» se refiere obviamente no sólo al régimen de autorización de la E.T.T., sino a la propia cesión: la responsabilidad solidaria entre la E.T.T. y la empresa usuaria viene reafirmada expresamente, incluso, por el art. 16.3 L.E.T.T.”.

⁵⁰³ En el ordenamiento francés, ello daría lugar al delito de “marchandage”, prohibido en el art. L.125-1 del Code du Travail francés en los siguientes términos: “toute opération à but lucratif de fourniture de main-d’œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu’elle concerne ou d’éluder l’application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail”.

ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

En contra de esta conclusión se ha objetado⁵⁰⁴ que el art. 43 E.T. únicamente asigna los efectos de la cesión ilegal a aquellas empresas que no hayan sido “legalmente autorizadas”, en virtud de una interpretación literal del art. 43.1 E.T, por lo que no quedarían las consecuencias previstas en este precepto no cabría extenderlas a las E.T.T. que, legalmente autorizadas, llevan a cabo contratos de puesta a disposición infringiendo lo previsto en los arts. 6 y 8 L.E.T.T.. También se ha alegado la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Central de Trabajo, que estableció el criterio de que el art. 43.2 E.T. reducía la responsabilidad a las cuestiones de salario y Seguridad Social, y por ello no cabía extenderlas a otros ámbitos. Sin embargo, una lectura finalista de la norma nos hará concluir en favor de la necesidad de asignar los mismos efectos de la cesión ilícita en aquellos casos en los que la E.T.T. -aun estando legalmente autorizada- desempeña su actividad fuera de los supuestos del art. 6 L.E.T.T. o incurriendo en las prohibiciones del art. 8 de esta norma. Y ello porque, como se ha visto, la actividad de trabajo temporal no tiene razón de ser si no está destinada a la satisfacción de necesidades temporales en las empresas usuarias⁵⁰⁵. A continuación serán analizados los supuestos en los que se prohíbe el recurso a las E.T.T., para después analizar los supuestos de utilización y su relación causal con el contrato de trabajo entre el trabajador y la E.T.T.

Sobre la noción de perjuicio (“préjudice”), vid. DOROY, F., “Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage”, op. cit., pág. 547.

⁵⁰⁴ En este sentido se pronuncia ÁVILA ROMERO, M., “Relaciones laborales del trabajador con la empresa usuaria. La responsabilidad de la empresa usuaria”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 241-242, para quien estas conductas únicamente se sancionan administrativamente, por constituir falta grave tanto para la E.T.T. -art. 19.2.c) LETT- como para la empresa usuaria -art. 20.2.b-.

⁵⁰⁵ En este sentido, VARELA AUTRÁN, B., “La cesión de trabajadores considerada ilícita”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

2. El contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador.

2.1. La identidad de causas entre el contrato de trabajo y el contrato de puesta a disposición.

Como se ha visto, la E.T.T. se conceptúa como aquella empresa “cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados” (art. 1 L.E.T.T.). La actividad de la E.T.T. consiste en la cesión temporal de trabajadores a otras empresas -denominadas usuarias- con el fin de poder dar satisfacción a sus necesidades temporales de mano de obra. Para poder desempeñar dicha actividad, la E.T.T. necesita contar con dos tipos de trabajadores. Por una parte, aquellos que son necesarios para el mantenimiento de la estructura organizativa empresarial de la E.T.T. -esto es, aquellos que prestan sus servicios exclusivamente bajo la dirección y control de ésta (art. 14 L.E.T.T.)- y, por otra parte, aquellos que son contratados para ponerlos a disposición de la empresa usuaria. A los trabajadores contratados para prestar sus servicios bajo la dirección y control de la E.T.T. se les aplica la normativa común (art. 14 L.E.T.T.), por lo que podrán ser contratados indefinidamente o temporalmente, sin que existan mayores especialidades por el hecho de haber sido contratados por una E.T.T.. Con respecto a los trabajadores que son contratados para prestar sus servicios en la empresa usuaria, la L.E.T.T. admite la posibilidad de que la E.T.T. pueda celebrar tanto contratos por tiempo indefinido como de duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10.1 L.E.T.T.).

Un problema que surge en los contratos de duración determinada que efectúa la E.T.T. es si la modalidad contractual que se efectúa al trabajador ha de coincidir con el supuesto a través del cual se ha llevado a cabo el contrato de puesta a disposición. La dificultad principal con la que nos encontramos para la solución de esta cuestión es que la naturaleza de estos contratos es distinta, pues mientras el contrato de trabajo que se celebra entre la E.T.T. y el trabajador posee naturaleza laboral, el contrato de puesta a

disposición es aquél contrato de naturaleza mercantil celebrado entre la E.T.T. y la usuaria, cuya finalidad es la de regular las condiciones de la cesión temporal del trabajador a esta última⁵⁰⁶. El art. 6.1 L.E.T.T. lo define como “el celebrado entre la empresa la E.T.T. y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido a aquél”. Es requisito indispensable para la validez del contrato de puesta a disposición que la empresa usuaria solicite los servicios de una E.T.T. cuando con ello pretenda cubrir puestos de trabajo de naturaleza temporal, pero nunca indefinida. En relación a si ha de darse una coincidencia de causas entre el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la usuaria y el contrato de trabajo de duración determinada celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, la L.E.T.T. no aclara esta cuestión, ya que el art. 10.1 de dicha norma únicamente señala que el contrato de trabajo “podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición”.

Con respecto a los contratos de duración determinada, lo único que queda claro en la norma es que la duración de ambos contratos ha de ser coincidente, pero no se prevé expresamente si la coincidencia ha de ser también causal. Por su parte, la negociación colectiva tampoco ha acogido un criterio uniforme. El convenio colectivo de E.T.T. de 22 de febrero de 1995⁵⁰⁷ (art. 14) establece la coincidencia de causas, de forma que únicamente podrán concertarse contratos de duración determinada con este tipo de trabajadores en los supuestos previstos para la realización del contrato de puesta a disposición, esto es, para obra o servicio determinado, eventualidad e interinidad. Sin embargo, otros convenios colectivos no se decantan por la identificación de causas, por lo que encontramos frecuentemente cláusulas que señalan que los contratos de trabajo que se efectúen entre los trabajadores contratados con el objeto de ser cedidos se realizarán al amparo de lo establecido en el art. 15.1.a (obra o servicio determinado)⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984, pág. 27.

⁵⁰⁷ B.O.E. de 21 de abril de 1995.

⁵⁰⁸ Vid. el convenio colectivo de Tempo Grup E.T.T., S.A., cuyo art. 15 señala que “al amparo de lo que

Ante esta diversidad, es necesario estudiar si de la normativa reguladora de las E.T.T. se puede extraer la conclusión sobre si ha de existir una conexión causal entre las causas previstas para la celebración del contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo de duración determinada llevado a cabo entre la E.T.T. y el trabajador.

Un sector de la doctrina se ha pronunciado en contra de esta asimilación de las causas del contrato de trabajo y del de puesta a disposición⁵⁰⁹. Entre las razones que se alegan para sostener esta postura destacan varias de ellas. En primer lugar, se señala que el art. 10.1 L.E.T.T. hay que interpretarlo en el sentido propio de sus palabras cuando señala que el contrato de trabajo entre la E.T.T. podrá ser de duración indefinida “por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición”, haciendo sólo referencia a la coincidencia de la duración, y no de las causas, no exigiéndose además en otro precepto de la normativa de E.T.T. la conexión causal entre ambos contratos. En segundo lugar, con respecto al contrato de trabajo de carácter indefinido no se exige identidad causal en relación con los supuestos específicos de puesta a disposición. Asimismo, los supuestos de contratos de puesta a disposición y los supuestos de contratación laboral del art. 15 del ET y el RD 2546/1994 se desarrollan en relación a sujetos empresariales y causas diferenciadas. Según estos autores, el art. 6.2 L.E.T.T. se refiere a las necesidades de actividad empresarial de la empresa usuaria,

establece el art. 15.1.a) de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se formalizarán por medio de esta modalidad todos aquellos contratos de trabajo que se suscriban con un trabajador como consecuencia de ser cedido temporalmente para prestar sus servicios en una empresa usuaria”. La referencia al art. 15.1.a) de la Ley 11/1994 hay que entenderla actualmente al art. 15.1.a) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (ET).

⁵⁰⁹ DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 1996, pág. 32, han señalado que ello se debe a “la enorme inercia analítica que se ha seguido por la doctrina científica inicial ante un fenómeno tan absolutamente nuevo (...). Así se explica que se haya dado doctrinalmente un efecto al que podríamos denominar de “asociación automática”: dado que el art. 6 de la ley se refiere a supuestos que recuerdan a los del art. 15 TRET, puede asumirse -no ha sido demostrado en detalle- un fenómeno de “identidad en paralelo” de las causas contractuales del contrato de puesta a disposición y del contrato de trabajo de cesión temporal por duración determinada”. También suscribe esta opción interpretativa RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en España”, *op. cit.* pág. 109, según el cual esta identidad de causas entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo “no debe existir necesariamente”, ya que “la causa que alegue la empresa usuaria para celebrar el contrato de puesta a disposición es indiferente, en principio, para las relaciones entre la empresa de trabajo temporal y sus empleados. Se puede contratar temporalmente a un trabajador porque la empresa de trabajo temporal lo necesita temporalmente, no porque la empresa usuaria tenga esta necesidad temporal”.

mientras que el art. 15.1 ET y el RD 2546/1994, cuando emplea el término de empresario se refiere al empleador del art. 1.2 parte 1ª, en sentido estricto, es decir, el que realiza directamente la contratación y el que experimenta las necesidades que llevan a la contratación de los trabajadores. Partiendo de ello se llega a la conclusión de que los supuestos del art. 6.2 L.E.T.T. no se dan en la E.T.T., sino en la usuaria, y justifican la realización del contrato de puesta a disposición, no de los contratos de trabajo de duración determinada. Por otra parte, desde un punto de vista formal, en el contenido mínimo del contrato de trabajo previsto en el art. 15.2.c) se hace referencia únicamente a la causa del contrato de puesta a disposición, pero no a la del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador. En quinto lugar, se señala por los autores partidarios de esta opción que el art. 11.b) L.E.T.T. establece que la indemnización será abonada por la E.T.T. “a la finalización del contrato de puesta a disposición”, lo cual se ha interpretado en el sentido de que la causa del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador se encuentra en la propia existencia del contrato de puesta a disposición, terminado el cual finalizaría también el primero, con independencia de la causa de ese contrato. En sexto lugar, se alega que cuando la L.E.T.T. sanciona la extralimitación causal en los arts 19.2.c) -para la E.T.T.- y 20.2.b) -para la empresa usuaria-, no se tipifica en cuanto objeto infractor la falta de correlación causal respecto a los supuestos de puesta a disposición y los supuestos posibles de contratos de trabajo de cesión temporal.

Otro de los argumentos que se aportan para sostener la postura de la no identificación entre las causas de ambos contratos estriba en que la inexistencia de una conexión causal es más coherente con el modelo de relaciones laborales diseñado para las E.T.T., tratándose de un modelo autosuficiente en el sentido de que a través de la negociación colectiva se puede diseñar la estructura esencial de las relaciones laborales en las E.T.T. con independencia de las relaciones laborales existentes en las empresas usuarias. Por último, se señala que, de asumirse la coincidencia causal entre el supuesto del contrato de puesta a disposición y la modalidad utilizada para la realización del contrato de trabajo, se le impondría a la E.T.T. un control causal respecto de la empresa usuaria que resultaría dificultoso de llevar a cabo para la E.T.T. e intromisorio para la

empresa usuaria, de forma que la primera llevaría a cabo una actividad fiscalizadora no deseable. O bien, cabría una segunda alternativa, esto es, que la E.T.T. confiase, sin verificación previa, en el supuesto indicado por la empresa usuaria, en cuyo caso -si la causa alegada por la empresa usuaria no fuese cierta- la E.T.T. podría verse sancionada por esta falta de correlación.

En mi opinión, la línea interpretativa que defiende la no identidad causal entre ambos contratos -el que concierne a la E.T.T. con el trabajador y el de puesta a disposición- puede ofrecer algunas dudas si atendemos a la regulación que llevan a cabo la L.E.T.T. y el R.E.T.T.. Es más, algunos de los argumentos que se han expuesto anteriormente nos podrían llevar, contrariamente a lo señalado, a la conclusión de la identidad de causas entre el contrato de trabajo y el de puesta a disposición. Se ha argumentado por los autores contrarios a la identidad de causas de ambos contratos que, mientras el art. 6.2 L.E.T.T. se refiere a las necesidades de la empresa usuaria, el art. 15.1 del ET y del RD 2546/1994 se refiere al empresario del art. 1.2 inciso 1º ET, esto es, el que realiza directamente la contratación. Es cierto que el art. 6.2 L.E.T.T. establece los supuestos de celebración del contrato de puesta a disposición en función de las necesidades temporales de la empresa usuaria. Ahora bien, a su vez, el art. 1.2 ET inciso 1º está dando prevalencia al concepto de empresario como aquél que recibe la prestación de servicios del trabajador, de tal forma que “serán empresario todas las personas (...) que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior” (en este caso es la empresa usuaria). Por lo tanto, si ponemos en relación ambos preceptos, a lo que se estaría dando relevancia tanto en el art. 6.2 L.E.T.T. como en el art. 15.1 ET y RD 2546/1994 sería a las necesidades del empresario receptor de la prestación de servicios (empresa usuaria), lo cual aconseja la identidad de causas en base a las establecidas en el art. 6.2 L.E.T.T..

Otro de los argumentos expuestos anteriormente se refería al hecho de que en el contenido mínimo del contrato de trabajo que señala el art. 15.2.c) R.E.T.T. hace referencia únicamente a la “causa del contrato de puesta a disposición”, y no a la causa

del contrato de trabajo. Ahora bien, ello también podría interpretarse en el sentido de que el legislador se ha decantado por la identificación de ambas causas, de forma que se subordina la causa del contrato de trabajo a la que se haya recurrido para la realización del contrato de puesta a disposición. Por consiguiente, si el legislador hubiese querido establecer causas diferentes para la realización del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, lo lógico hubiese sido que hubiese quedado constancia dentro del contenido mínimo del contrato de trabajo; al no ser así, puede entenderse que la causa se identifica con la causa del contrato de puesta a disposición. Otra de las razones que se han señalado en contra de la identidad de causas entre ambos contratos consiste en que la indemnización debe abonarse por la E.T.T. “a la finalización del contrato de puesta a disposición”, por lo que la causa del contrato de trabajo depende de la propia existencia del de puesta a disposición, con independencia de la causa en sí de este último. Sin embargo, considero que el hecho de abonar la indemnización a la finalización del contrato de puesta a disposición, implica a su vez una coincidencia de causas, pues de otra forma sólo sería posible el recurso en el contrato de trabajo al contrato de obra o servicio determinado, constituyendo la obra o servicio el propio contrato de puesta a disposición. Por el contrario, en ningún precepto L.E.T.T. ni en su reglamento de desarrollo se establece la obligatoriedad de llevar a cabo únicamente el contrato de trabajo temporal entre la E.T.T. y el trabajador a través del supuesto de obra o servicio determinado.

Se ha puesto de manifiesto por los autores que están en contra de la identificación causal entre el supuesto del contrato de trabajo y el de puesta a disposición que, de aceptarse la identidad causal entre ambos, se le impondría a la E.T.T. una labor de control causal respecto a la empresa usuaria enormemente difícil, pues la E.T.T. debería desarrollar una actividad fiscalizadora interna de la empresa usuaria para la verificación del supuesto de puesta a disposición al que se ha recurrido por parte de esta última, con el fin de que la E.T.T. no sea sancionada por la falta de coincidencia causal entre su contrato de trabajo y el contrato de puesta a disposición. Sin embargo, ni la L.E.T.T. ni el R.E.T.T. imponen a la E.T.T. el deber de fiscalizar la

adecuación del supuesto de puesta a disposición a las necesidades reales de la empresa usuaria, ya que la sanción impuesta por el art. 19 c) se refiere exclusivamente a la “formalización de contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2 de esta Ley”. Por tanto, de la lectura de dicho precepto parece desprenderse que la E.T.T. únicamente tiene la obligación de formalizar los contratos de puesta a disposición dentro de los supuestos previstos en el art. 6.2 L.E.T.T., y para satisfacer -según este mismo precepto- las necesidades temporales de la empresa usuaria, por lo que la responsabilidad de que el supuesto al que se haya acudido para la celebración del contrato de puesta a disposición no coincida con las necesidades concretas de la empresa usuaria será únicamente de esta última, al no haber establecido la normativa de E.T.T. los mecanismos de control necesarios para que la E.T.T. pueda comprobar si la empresa usuaria puede acudir realmente al supuesto a través del cual ha llevado a cabo el contrato de puesta a disposición.

Por consiguiente, la E.T.T. incurrirá en la infracción señalada en el art. 19.2.c) de la misma Ley -que tipifica como infracción grave formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2 L.E.T.T.- únicamente cuando no se ajuste a los supuestos establecidos en el citado precepto, pero el deber de la E.T.T. de ajustarse a los supuestos del art. 6.2 no implicaría un deber de control en la empresa usuaria para comprobar que dichos supuestos responden realmente a las necesidades de la empresa usuaria, siendo ésta la responsable de dicha inadecuación, salvo que estos mecanismos de control por parte de la E.T.T. estuviesen establecidos a través de la negociación colectiva o que ésta haya conocido efectivamente que no se dan tales supuestos o bien estemos ante la connivencia de la E.T.T. de la utilización ilícita de los supuestos previstos en el art. 6.2, en cuyo caso la E.T.T. deberá responder junto con la empresa usuaria de la citada infracción.

Por todo lo expuesto, considero que la E.T.T. podría perfectamente hacer coincidir la causa de su contrato de trabajo con la del contrato de puesta a disposición, y ello en base a la específica causa que se haya pactado entre ambas empresas a la hora

de celebrar dicho contrato, causa que conoce la E.T.T. por formar parte del contenido mínimo del contrato de puesta a disposición -art. 14 c) R.E.T.T.-. Hay que tener presente que en el art. 14 c) R.E.T.T. se establece, como uno de los contenidos mínimos del contrato de puesta a disposición, el supuesto de celebración al que se haya recurrido, “con expresión concreta de la causa que lo justifica”, según lo previsto en el art. 6.2 L.E.T.T., de 1 de junio. De forma que la E.T.T. posee la suficiente información para hacer coincidir la causa del contrato de trabajo y la del supuesto de puesta a disposición. Asimismo, hay que tener presente que si la empresa usuaria puede recurrir a los servicios de la E.T.T. es porque se da un supuesto concreto de los que vienen recogidos en el art. 6.2 L.E.T.T., y no otros. La temporalidad legitima el recurso a la E.T.T., y, por tanto, supone un requisito esencial a la hora de formalizar el contrato de puesta a disposición, puesto que, de no respetarse la adecuación a alguno de los supuestos en cuestión, estaríamos ante una cesión ilegal de trabajadores, con las consecuencias previstas en el art. 43 E.T.

La causa que justifica el contrato de trabajo no es otra que la cobertura de la necesidad temporal del puesto de trabajo en la empresa usuaria, de lo que se deduce que la causa que justifica el contrato de trabajo viene dada por la causa concreta que lleva a celebrar el contrato de puesta a disposición por parte de la empresa usuaria, y no otra distinta. En un contrato de trabajo bilateral, la causa del contrato temporal no plantea estos problemas porque el empresario contratante es el mismo que aquél para el cual el trabajador desempeña la prestación de servicios, pero en el trabajo prestado a través de E.T.T., la causa hay que buscarla en la necesidad concreta que posee la empresa usuaria, y esta causa -y no otra- es la que legitima a su vez la celebración del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador. La identidad de causas entre el contrato de trabajo que celebra la E.T.T. con el trabajador y el supuesto de puesta a disposición ha sido defendida por un sector de la doctrina, que ha señalado la necesidad de remitirse a los supuestos de celebración del contrato de puesta a disposición para poder establecer el tipo de contrato y duración entre la E.T.T. y el trabajador, de forma que la

circunstancias de temporalidad que se dan en el contrato de puesta a disposición condicionarían a su vez la modalidad contractual a celebrar por la E.T.T..⁵¹⁰

En mi opinión, la coincidencia de causas entre el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la usuaria y el contrato de trabajo entre aquella y el trabajador también puede deducirse de la falta de adecuación que supone acudir a otras modalidades contractuales para la celebración del contrato de duración determinada entre la E.T.T. y el trabajador, tal como se expone a continuación.

2.2. La inadecuación de determinadas modalidades contractuales no previstas como supuestos del contrato de puesta a disposición.

2.2.1. Contrato en prácticas.

En relación a la posibilidad de la formalización por la E.T.T. de un contrato en prácticas, se ha venido interpretando afirmativamente su realización en base a que la expresa prohibición que lleva a cabo el art. 10.2 L.E.T.T. con respecto a los contratos de aprendizaje -hoy formación- no se hace extensiva a los contratos en prácticas, guardando silencio la Ley en este punto⁵¹¹. Así, este silencio se interpreta como una admisión tácita de la posibilidad de que se celebren contratos en prácticas, si bien esta realización se condiciona a que exista “una relación directa entre la práctica y la causa del contrato de puesta a disposición y el contenido de la prestación laboral pretendida si no se quiere incurrir en fraude de ley”⁵¹². Ahora bien, hay que tener presente que la duración mínima del contrato en prácticas es de 6 meses (art. 11.1.b ET), por lo que no será posible su celebración entre la empresa y el trabajador cuando el contrato de puesta

⁵¹⁰ Vid., en este sentido, CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., “La reforma laboral de 1994”, op. cit., pág. 81; LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 100 y ss., SÁNCHEZ PEGO, J., “La relación interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, op. cit., pág. 133 y 134; BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajadores con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 182.

⁵¹¹ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 83 y 84.

⁵¹² Vid. BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de

a disposición se celebre para la cobertura de un puesto de trabajo en la empresa usuaria mientras dure el proceso de selección o promoción (cuya duración máxima es de tres meses).

También es de difícil acomodo al contrato de puesta a disposición cuando éste tiene por objeto la sustitución de un trabajador con reserva de puesto de trabajo, salvo que se conozca de antemano que el tiempo que va a durar la situación de interinidad se adecua al límite mínimo de duración del contrato en prácticas. Si el contrato de puesta a disposición se realiza bajo el supuesto de obra o servicio determinado, la dificultad de realizar entre la E.T.T. y el trabajador viene dada por el hecho de que la duración de este contrato es, en principio de duración incierta. Por último, en el caso de que el contrato de puesta a disposición se lleve a cabo bajo el supuesto de eventualidad, podría adaptarse la duración de ambos contratos, siempre que el supuesto de eventualidad se concierte por su duración máxima (6 meses). Por otra parte, el art. 11.1.f) ET señala que “si al término del contrato el trabajador se incorporase sin solución de continuidad a la empresa no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa”. En este punto, comparto la interpretación que ha hecho la doctrina en relación a la plena aplicabilidad del citado precepto cuando el trabajador se incorpora a la empresa usuaria sin solución de continuidad, ya que la expresa asignación de tal derecho al trabajador “no debe considerarse eludible a través de la interposición de una empresa de trabajo temporal”⁵¹³.

Otra de las cuestiones que se plantean en relación a la posibilidad de llevar a cabo un contrato en prácticas entre la E.T.T. y el trabajador surge de la lectura del art. 11.1 ET, el cual señala que el puesto de trabajo debe “permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de los estudios cursados”. En este punto, nos

trabajo temporal”, op. cit., pág. 181.

⁵¹³ Vid. SÁNCHEZ PEGO, J., “La relación interempresarial de trabajo temporal”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A., “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 160.

encontramos ante un problema parecido al que se ha señalado anteriormente en relación al supuesto hipotético de que se hubiese autorizado la realización por las E.T.T. de contratos de formación con los trabajadores puestos a disposición. Ante la importancia de proporcionar al trabajador una práctica adecuada, nos encontramos con la dificultad de que la E.T.T. -empresario formal del trabajador- no es la empresa en la que el trabajador presta sus servicios, por lo que surgen dudas en orden a las responsabilidades que podrían derivarse de la falta de adecuación del trabajador al puesto de trabajo que le permita obtener la práctica profesional acorde a los estudios cursados. En mi opinión, la ausencia de mecanismos de control para que la E.T.T. lleve a cabo un seguimiento de la práctica proporcionada por la empresa usuaria hace desaconsejable la utilización de esta modalidad contractual por la E.T.T..

No obstante, considero que la E.T.T. no se exonera de cualquier responsabilidad por el hecho de que sea la empresa usuaria la que recibe la prestación de servicios del trabajador cedido. La actual regulación de los contratos en prácticas en orden a “permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de los estudios” -en contraposición al derogado art. 11.a ET que sólo exigía “facilitar la práctica profesional del trabajador”- incide sobre los requisitos del puesto de trabajo, de forma que éstos deberán ser apropiados para la adquisición de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados⁵¹⁴. Y, a pesar de que podría parecer que la empresa usuaria es la única responsable al ser ésta la titular de la empresa que asigna al trabajador cedido el concreto puesto de trabajo, el hecho de que sea la E.T.T. la que hipotéticamente pueda escoger la modalidad contractual en prácticas hace responsable directa a dicha empresa de la asignación al puesto de trabajo adecuado para alcanzar la práctica apropiada al nivel de estudios que ha realizado el trabajador cedido. Y ello porque la empresa usuaria juega un papel secundario en la elección de dicha modalidad contractual, pues, independientemente de que dicha empresa colabore en la obtención de la práctica

⁵¹⁴ Vid. YANINI BAEZA, J., “La nueva regulación de los contratos formativos”, *Tribuna Social*, nº 43, 1994 pág. 12; LÓPEZ GANDÍA, J. “Trabajo en prácticas y para la formación”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 159; PRADOS DE REYES, F.J., “Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación:

adecuada, el supuesto al que haya recurrido para la realización del contrato de puesta a disposición nada va a tener que ver con dicha modalidad contractual en prácticas. Recordemos que los supuestos contemplados en el art. 6.2 L.E.T.T. se refieren a obra o servicio determinado, eventualidad o interinidad.

2.2.2. Contrato a tiempo parcial.

En relación al contrato a tiempo parcial, el art. 12.1 ET señala que “el trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo”. Este tipo de contratación se entiende celebrada por tiempo indefinido cuando se concierte para “realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”, quedando englobada así la contratación de trabajadores fijos discontinuos dentro del contrato a tiempo parcial. En principio, no parece que hubiese inconveniente para la contratación a tiempo parcial del trabajador puesto a disposición por parte de la E.T.T., especialmente si tenemos en cuenta que el art. 12.2 ET permite esta modalidad contractual tanto en el supuesto en que el contrato se concierte por tiempo indefinido como por duración determinada. Ahora bien, si la discontinuidad periódica se produce en la empresa usuaria la conclusión deberá de ser negativa, ya que en estos supuestos no estaremos ante necesidades temporales de la E.T.T., sino ante necesidades permanentes, en cuyo caso queda prohibido el recurso a las E.T.T. -a las que sólo puede acudir para la cobertura de necesidades temporales de la empresa usuaria, art. 1 L.E.T.T.-. Por otra parte, la contratación de trabajadores fijos discontinuos cuando la necesidad se da en la E.T.T. es objeto de estudio en el apartado relativo a la relación laboral de los trabajadores indefinidos, por lo que a este punto me remito.

Con respecto a los contratos a tiempo parcial, se ha señalado por la doctrina la facilidad para cohonestarse con los supuestos legales del contrato de puesta a

disposición “cuando su ritmo o cronicidad se produzca en períodos cortos”⁵¹⁵ (un número de horas al día o de días a la semana inferior a la jornada normal), pero no tanto cuando se tienen en cuenta los períodos de tiempo superiores a un mes o hasta un año. En principio, la L.E.T.T. no establece ninguna prohibición a este respecto, y además hay que tener en cuenta que el art. 12 E.T. permite que el contrato a tiempo parcial pueda concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada, puesto que el RD 8/1997 no ha prohibido este tipo de contratación para el caso en el que se lleve a cabo por E.T.T., aunque sí que lo ha hecho en relación a los contratos para la formación.

No obstante, hay que señalar que pueden plantearse especiales problemas cuando se toma como referencia aquellos períodos superiores a un mes o hasta el año, ya que es difícil la delimitación con la figura de los trabajos fijos discontinuos⁵¹⁶, incompatibles con las necesidades temporales de la empresa usuaria⁵¹⁷. El problema de diferenciación entre ambas figuras⁵¹⁸ aconsejarían, pues, la negativa a la utilización de este tipo de modalidad en el ámbito de las E.T.T., dada la importancia de la temporalidad, que se configura como requisito esencial a la hora de que las empresas usuarias puedan recurrir a los servicios de aquéllas.

2.2.3. Contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Tampoco resulta exenta de problemas la posible utilización del contrato para el fomento de la contratación indefinida regulado en la Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997. Se plantea la duda sobre si, una vez finalizado el contrato entre el

⁵¹⁵ SÁNCHEZ PEGO, J., “La relación interempresarial de trabajo temporal”, op. cit., pág. 160.

⁵¹⁶ Como ha señalado GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “El contrato a tiempo parcial”, Relaciones Laborales, T.I, 1994, pág. 311, “el trabajo fijo discontinuo no es sino una modalidad de trabajo a tiempo parcial, pues es cierto que en principio el trabajo fijo discontinuo no es sino una modalidad de trabajo a tiempo parcial”, pero “medida en términos anuales o en cómputo anual”.

⁵¹⁷ En la redacción original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 ya se puso de manifiesto por la doctrina que la referencia al año del primitivo art. 12 podía plantear problemas en la práctica a la hora de delimitar estos supuestos con el de los trabajadores fijos discontinuos. Vid., a modo de ejemplo, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El trabajo a tiempo parcial”, en AA.VV., “Comentarios a las Leyes Laborales (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 275.

⁵¹⁸ BAYLOS GRAU, A., “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AA.VV. (Dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 154.

trabajador y la E.T.T., las empresas usuarias podrán contratar al trabajador a través de esta modalidad, puesto que el tenor literal de la Disposición Adicional Primera 2.b) de la citada norma establece que este contrato puede suscribirse con “trabajadores que, en la fecha de celebración del nuevo contrato, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos (...)”. A la hora de buscar la solución a este problema interpretativo, pueden distinguirse diversas situaciones.

En primer lugar, puede ocurrir que la empresa usuaria quisiera utilizar esta modalidad contractual una vez terminado el contrato temporal celebrado entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición, realizándose esta conversión sin solución de continuidad. ALBIOL MONTESINOS⁵¹⁹ ha optado por la respuesta favorable a la inclusión de estos trabajadores en el ámbito subjetivo de la Ley 63/1997, y ello en base a una doble argumentación. En primer lugar, se realiza una interpretación analógica en función de las previsiones contenidas en el art. 7 L.E.T.T.. De la lectura de este precepto, nos encontramos con que el art. 7.2 L.E.T.T. establece que, en los supuestos en que a la finalización del contrato de puesta a disposición el trabajador continuara prestando sus servicios en la empresa usuaria, se considerará vinculado a ésta a través de un contrato por tiempo indefinido. Por otra parte, en este mismo precepto se establece la prohibición de aquellas cláusulas que impidan la contratación del trabajador

⁵¹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., “El RDL 8/1997, de 16 de mayo y el Acuerdo Interconfederal sobre estabilidad en el empleo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 54. Según DE LA VILLA GIL, L.E., “El contrato indefinido para fomento del empleo”, Documentación Laboral, nº 54, 1997, págs. 131-132. “ha de aceptarse indubitadamente la contratación por el empleador-adquirente ex art. 44 E.T. aunque hubiera sido el transmitente el que celebrara el inicial de carácter temporal. Dudas en cambio plantea la posibilidad de que el contratante sea alguno de los empleadores integrados en el grupo de empresas o sociedades, (...) que deben resolverse a favor de la estabilidad del vínculo que se derivará de la respuesta positiva”, si bien “mayores dificultades supone aceptar la conversión en indefinidos de los contratos temporales suscritos al amparo de la legislación reguladora de las E.T.T.”. SAMPEDRO CORRAL, M., “El acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo y la reforma laboral de 1997”, Documentación Laboral, nº 54, 1997, pág. 56, no se pronuncia sobre si el ámbito personal del precepto incluye a los trabajadores que han prestado sus servicios anteriormente en empresas usuarias, aunque entiende que podría extenderse a la empresa sucesora por aplicación del art. 44 E.T., y al grupo de empresas cuando exista responsabilidad solidaria entre las mismas. En opinión de PRADAS MONTILLA, R., “Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo”, Documentación Laboral, nº 54, 1997, pág. 155, no entra dentro de las previsiones de la Ley la contratación indefinida por las empresas usuarias.

por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición (art. 7.3 L.E.T.T.). En segundo lugar, se alega la doctrina sentada por la STS de 1 de febrero de 1996 (Ar. 836), en la que se discutía la posibilidad de contratar a un trabajador bajo la modalidad de contrato temporal de fomento del empleo habiendo estado este mismo trabajador contratado anteriormente, y sin solución de continuidad, a través de un contrato de interinidad. El Tribunal Supremo se manifiesta a favor de dicha posibilidad, alegando que “una interpretación centrada en el sentido propio de las palabras -primer canon hermenéutico del art. 3.1 C.C.- llevaría a una solución estricta y rigurosa”, además de que la finalidad perseguida por la norma es “no sólo el fomento de la contratación de los trabajadores desempleados”, sino también “introducir criterios más flexibles y realistas de ordenación que eviten una rigidez que había influido negativamente en la utilización de esta figura contractual”.

Sin embargo, la interpretación a favor de la inclusión de los trabajadores contratados por tiempo determinado a través de E.T.T. dentro del ámbito subjetivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida, no está exenta de dificultades, en función básicamente del tenor literal de la Ley 63/1997, cuando la norma establece aquellos colectivos susceptibles de ser contratados a través de la modalidad objeto de estudio. Así, la Disposición Adicional Primera apartado 2 b) de la norma citada fija, como segundo colectivo de sujetos contratables en virtud de esta modalidad contractual, a “los trabajadores temporales que, en la fecha de celebración del nuevo contrato, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los formativos (...)”. Esta referencia a la vinculación de los trabajadores a la empresa con la que en ese momento estuviesen contratados temporalmente, impediría la inclusión de los trabajadores puestos a disposición, puesto que éstos no han sido contratados por la empresa usuaria, sino por la E.T.T..

Analizando el argumento analógico empleado en relación a la sentencia de 1 de febrero de 1996, se plantean las siguientes dificultades interpretativas. En primer lugar, no estamos ante una identidad de supuestos que pueda permitir una interpretación

analógica, puesto que en la sentencia de referencia lo que se intentaba acreditar era que se cumplía el requisito de que el trabajador estuviese en situación de desempleo que justificase la aplicación de la modalidad contractual temporal de fomento del empleo. Por el contrario, en el caso del trabajador contratado por la E.T.T., el problema estriba en que el trabajador puesto a disposición no se encuentra contratado por la empresa usuaria a través de un contrato de duración determinada, sino que el sujeto que ostenta la cualidad de empresario formal del trabajador es la E.T.T.. En todo caso, de aplicarse la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia citada, lo que habría que plantearse más bien es la posibilidad de que el trabajador puesto a disposición fuese contratado por la empresa usuaria por encontrarse, en su caso, dentro del colectivo de desempleados susceptibles de ser contratados a través de dicha modalidad, en función de lo previsto en el apartado 2.a) de la Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997, es decir, desempleados en quienes concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) jóvenes de dieciocho a veintinueve años de edad (ambos inclusive); b) parados de larga duración e inscritos al menos un año como demandantes de empleo; c) mayores de cuarenta y cinco años; y d) minusválidos.

A pesar de que la interpretación del Tribunal Supremo pueda ser, a mi juicio, objeto de crítica⁵²⁰, si éste aplicase al caso objeto de estudio la misma doctrina contenida en la sentencia de 1 de febrero de 1996, llegaría a la conclusión de que el trabajador podría ser contratado incluso al día siguiente de haber cesado en el anterior contrato, puesto que -según se señala en el fundamento jurídico 5º de la sentencia- “desde una perspectiva dinámica se advierte que, pese a la falta de una situación puente de paro entre los dos contratos, el segundo contrato ha cumplido efectivamente su función de fomento del empleo, pues sin él el trabajador hubiera cesado el día anterior, quedando en paro”. Si el trabajador puesto a disposición no se encuentra dentro de

⁵²⁰ A este respecto resulta de gran interés el Voto Particular de los Magistrados Leonardo Bris Montes y Rafael Martínez Emperador, quienes manifiestan su desacuerdo con el fallo de la sentencia, al considerar que la obligación de contratar trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo constituye una previsión legal “ordenada a que los contratos de fomento de empleo, que nada difieren por su objeto de los contratos por tiempo indefinido, cumplan su única razón de ser: generar aumento de puestos de trabajo con la consiguiente disminución del colectivo de desempleados, evitando así que sean una simple

alguno de estos colectivos, resultará difícil poder concluir en favor de la posibilidad de ser contratado a través de la modalidad objeto de estudio, ya que sólo a través de dicha inserción sería posible llevar a cabo una interpretación analógica de la sentencia citada. Por el contrario, si el trabajador no se encuentra dentro de alguno de los grupos mencionados, la única posibilidad de que la empresa usuaria pudiese beneficiarse de los incentivos que reporta esta modalidad, sería, a mi juicio, que dicha empresa lo contratase temporalmente y procediese posteriormente a la conversión del contrato temporal en un contrato para el fomento de la contratación indefinida de los previstos en la Ley 63/1997.

Por otro lado, la conclusión de que el art. 7 L.E.T.T. está favoreciendo la contratación indefinida como medida de fomento del empleo no es la única posible. También puede interpretarse que las previsiones contenidas en dicho precepto están contemplando una presunción tácita de laboralidad cuya finalidad es impedir la posible inseguridad jurídica ante la que se ve el trabajador puesto a disposición que sigue prestando sus servicios para la empresa usuaria. De la lectura del art. 7 L.E.T.T. se desprende la voluntad de la norma en favor de que no exista ningún impedimento para que el trabajador puesto a disposición -una vez concluido su contrato con la E.T.T.- pueda integrarse en la plantilla de la empresa usuaria para prestar sus servicios en la misma, pero esta vez vinculado a través de un contrato de trabajo, y no a través de la previa cesión por la E.T.T., conclusión se refuerza ante la presunción del art. 7.2 L.E.T.T., por lo que podría entenderse que con esta medida se está impidiendo que el trabajador cedido se vea inmerso en una situación de manifiesta inseguridad jurídica. Dicha finalidad es diferente a la que se persigue en la Ley 63/1997, tal como se pone de manifiesto tanto en la Exposición de Motivos de la citada norma -en la que se establece como objetivo específico “potenciar la contratación indefinida”- como en la Disposición Adicional Primera -al señalarse que el contrato para el fomento de la contratación indefinida tiene por objeto “facilitar la colocación estable de trabajadores desempleados y de empleados sujetos a contratos temporales”-.

En segundo lugar, puede producirse una segunda situación, consistente en que, durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria pretenda proceder a la conversión del contrato que posee el trabajador con la E.T.T. en un contrato para el fomento de la contratación indefinida. En este caso, también considero que hay que decantarse por una respuesta negativa, pudiéndose reproducir algunos argumentos utilizados en el supuesto anterior. Por una parte, nos encontramos con la misma dificultad que conlleva la redacción de la Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997, que como se ha puesto de manifiesto exige que, en la fecha de celebración del nuevo contrato, los trabajadores estuvieran empleados “*en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal*”. Asimismo, ALBIOL⁵²¹ ha señalado otra serie de acertadas argumentaciones en contra de dicha hipótesis. Por una parte, se argumenta por dicho autor que la conversión de contratos temporales en indefinidos parece exigir que se produzca entre los mismos sujetos, puesto que “dar entrada a sujeto distinto necesitaría declaración legal expresa por la alteración que supone de las reglas comunes del mecanismo novatorio (arts. 1205 y ss. C.C.)”. Además, si se admitiese esta posibilidad, también debería haberse admitido el que el empresario comitente pueda convertir en indefinido el contrato temporal que los trabajadores hayan concertado con la empresa subcontratista, en aquellos supuestos de contratas y subcontratas de obras o servicios.

En mi opinión, la única justificación en favor de la inclusión de los trabajadores contratados por las E.T.T. dentro del ámbito subjetivo de la Ley 63/1997 estribaría en la finalidad de fomento del empleo indefinido que posee la norma, si bien aisladamente considerada, es decir, sin ponerla en relación con el art. 7.2 L.E.T.T. que, como se ha visto con anterioridad, tiene otro propósito bien distinto. La Ley 63/1997 posee, entre sus objetivos específicos, “potenciar la contratación indefinida”, lo cual ha de ponerse necesariamente en relación con los caracteres propios de los trabajadores puestos a

⁵²¹ ALBIOL MONTESINOS, I., “El RDL 8/1997, de 16 de mayo y el Acuerdo Interconfederal sobre estabilidad en el empleo”, en AA.VV., “La reforma laboral de 1997”, op. cit., pág. 54

disposición, colectivo sometido a una gran inestabilidad en el empleo. A pesar de que la L.E.T.T. ofrece la doble posibilidad de que la E.T.T. concierte el contrato tanto por tiempo indefinido como por duración determinada (art. 10), la realidad práctica demuestra que este tipo de empresas se decantan por la segunda de las alternativas, contratando al trabajador para el estricto lapso temporal que dure la puesta a disposición, y de ahí que la consecuencia inmediata sea que la mayoría de contratos celebrados a través de E.T.T. son contratos por tiempo determinado, con la consiguiente precarización laboral que ello conlleva. Este dato posee una notable solidez, si tenemos en cuenta la experiencia que suponen los tres años transcurridos entre la legalización de las E.T.T. y la promulgación de la Ley 63/1997. De ahí que pudiera entenderse que dentro del propósito de dicha norma también estaría incluida la finalidad de variar la tendencia del mercado en el que intervienen las E.T.T. para convertirlo, paulatinamente, en un mercado de trabajo estable, y reduciendo los altos índices de precariedad que actualmente pueden constatarse.

Si se parte de la base de que el objetivo perseguido por la Ley 63/1997 es el incremento de la estabilidad en el empleo de aquellos colectivos que inciden en la precarización del mercado de trabajo⁵²² -y dentro de los mismos, por lo que aquí nos interesa, a los trabajadores temporales- podría tomarse en consideración la inclusión, dentro del ámbito subjetivo de aplicación del contrato para el fomento de la contratación indefinida, de aquellos trabajadores contratados a través de E.T.T., o más concretamente aquellos trabajadores contratados temporalmente por este tipo de empresas. Ahora bien, a pesar de la finalidad anteriormente expuesta, el hecho de que la norma no se manifieste claramente a favor de esta posibilidad, unido a los argumentos anteriormente expuestos, constituyen importantes razones que impiden, a mi juicio, poder manifestarse en favor de una respuesta afirmativa.

⁵²² Tal como señala MERINO SENOVILLA, H., “Modalidades contractuales en la reforma de 1997”, en AA.VV., “Dossier Práctico. Reforma Laboral 1997”, Francis Lefebvre, Madrid, 1997, pág. 41.

Asimismo, pueden aportarse dos razones que, a mi juicio, refuerzan esta opción interpretativa. Por un lado, que en la Disposición Adicional Primera 2.b) de la Ley 63/1997 se incluye expresamente a aquellos trabajadores vinculados mediante un contrato de duración determinada o temporal, con mención expresa a los los contratos formativos, por lo que parece que, el hecho de que no estén mencionados los trabajadores puestos a disposición, no obedece a un olvido del legislador, sino que éste ha procedido a la inclusión expresa de aquellos colectivos que podrían plantear dificultades interpretativas en la aplicación de la Ley 63/1997. Por otra parte, la polémica mención a que los trabajadores temporales “estuvieran empleados en la misma empresa” en la fecha de celebración del nuevo contrato, no figuraba en el texto Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 7 abril de 1997, sino que fue incluida en la redacción definitiva de la Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997. Así pues, el requisito de que el trabajador hubiese sido contratado anteriormente por la misma empresa constituiría una previsión legal de obligado cumplimiento, especialmente si se tiene en cuenta que la utilización de esta modalidad contractual lleva aparejados los beneficios en relación a las cuotas empresariales por contingencias comunes que se concretan en el art. 4 del RD 9/1997, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo⁵²³.

Todo ello hace pensar que la norma pretendería potenciar, a través de esta modalidad contractual, únicamente a aquellos colectivos que ya han sido contratados por la misma empresa, si bien temporalmente, con el objeto de favorecer la estabilidad en el empleo de dichos trabajadores y disminuir el índice de precariedad que poseen éstos en dichas empresas, quedando abierta únicamente para los trabajadores puestos a disposición la posibilidad de que sean contratados por la empresa usuaria a través de

⁵²³ En opinión de PRADAS MONTILLA, R., “Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo”, op. cit., pág. 155, “tampoco entra dentro de las previsiones de la Ley incentivar la contratación indefinida por las empresas usuarias de los trabajadores de E.T.T. que presten sus servicios en ellas. Es lógico, dado que los citados trabajadores lo son de las E.T.T., no de las usuarias, y que el empleo de estas últimas debe ser

una triple vía: bien a través de un contrato indefinido ordinario, bien contratarlo directamente a través de un contrato para el fomento de la contratación indefinida por incluirse dentro del colectivo de trabajadores desempleados que establece la Ley 63/1997, o bien, como tercera alternativa, procediendo la empresa usuaria a contratar al trabajador directamente a través de un contrato temporal y procediendo a la conversión del mismo posteriormente. Esta tercera posibilidad pone de manifiesto la disfuncionalidad de la norma en relación a su aplicación a los trabajadores puestos a disposición. Así pues, resulta contradictorio que este tipo de trabajadores previamente contratados por una E.T.T. no puedan ver convertidos sus contratos temporales en contratos para el fomento de la contratación indefinida -con los beneficios que tanto para la empresa usuaria como para el trabajador ello conlleva-, y, sin embargo, que ambos sujetos puedan optar por dicha conversión al día siguiente de ser contratados directamente por dicha empresa .

Una vez analizados los supuestos en los que la empresa usuaria pretendiese utilizar esta modalidad contractual, hay que matizar que, a diferencia de las distintas situaciones analizadas anteriormente, no existiría ningún inconveniente en que la E.T.T. utilizase esta modalidad contractual para proceder a la conversión del contrato temporal que hubiese concertado con el trabajador puesto a disposición en un contrato para el fomento de la contratación indefinida de los previstos en la Disposición Adicional Primera de la Ley 63/1997, puesto que en este caso sí que se cumpliría el requisito de que el trabajador haya estado empleado “*en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal*”.

2.3. La prohibición de celebrar contratos de aprendizaje.

El art. 10.2 L.E.T.T. establece la prohibición de que las E.T.T. celebren contratos de aprendizaje -hoy formación, tras la nueva regulación del art. 11.2 E.T.

siempre empleo temporal y no fijo, pues de otro modo se desvirtuaría el sistema de cesión legal de trabajadores”.

llevada a cabo por la Ley 63/1997- con los trabajadores puestos a disposición⁵²⁴. La razón de esta prohibición expresa puede encontrarse en las peculiaridades que poseen obligaciones formativas reguladas en el art. 11.2 E.T., en el RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos⁵²⁵ (en adelante RD 488/1998) y, además, es coherente con la regulación que establecen las normas comunitarias⁵²⁶. La L.E.T.T. establece expresamente esta prohibición para evitar cualquier tipo de duda interpretativa en cuanto a la posibilidad de recurrir a este supuesto concreto.

La razón fundamental de esta prohibición es, en mi opinión, la imposibilidad que supondría para una E.T.T cumplir correcta y adecuadamente con las obligaciones formativas que se imponen al empresario que celebra con el trabajador⁵²⁷. Piénsese en los problemas aplicativos que se habrían suscitado en relación al deber de formación teórica, cuya duración no puede ser inferior al 15 por ciento de la jornada laboral máxima prevista en convenio colectivo -art. 11.2 e) párrafo 1º del ET-. Los problemas se hubiesen planteado a la hora de que la E.T.T. -empresario formal del trabajador cedido- proporcionase “la formación y el trabajo efectivo adecuado al objeto del

⁵²⁴ Fruto de la enmienda nº 71, presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista.

⁵²⁵ BOE 9-4-98.

⁵²⁶ La prohibición de establecer contratos de aprendizaje por parte de las E.T.T. se ajusta, en mi opinión, a la finalidad perseguida por el punto nº 22 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo el 9 de diciembre de 1989 por once Estados miembros -con la autoexclusión de Gran Bretaña-, según la cual “deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho Laboral aplicables a los jóvenes trabajadores para que satisfagan las exigencias de su desarrollo, así como las necesidades de su formación profesional y de su acceso al trabajo”. También se adecuaría a las directrices establecidas en la Propuesta Modificada de Directiva del Consejo de 5 de febrero de 1993, relativa a la Protección de los Jóvenes en el trabajo, en relación a la necesidad que establece dicha norma de promover un justo equilibrio entre la definición de un núcleo de disposiciones mínimas que aseguren la protección de los jóvenes en el trabajo con el fin de evitar abusos y la necesaria flexibilidad de las condiciones de empleo y trabajo.

⁵²⁷ La importancia del elemento formativo como causa que justifica esta modalidad se ha puesto de relieve por LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los contratos formativos: causa formativa, condiciones salariales y protección social”, en AA.VV. (Dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 119.

Según DE LA VILLA GIL, L.E., “Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 20, la formación es triple e incluye la formación teórica fuera del puesto de trabajo -superpuesta al trabajo efectivo o concentrada, que representa el 15% de la jornada-, la formación práctica en el puesto de trabajo y la formación teórico-práctica aneja a la realización del trabajo efectivo que ha de resultar idónea para conseguir en su día el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo cualificado.

contrato” (art. 8.1 del RD 488/1998) y concediese “los permisos necesarios para recibir dicha formación” (art. 8.2 RD 488/1998), teniendo en cuenta que el trabajador ha sido contratado para prestar sus servicios en la empresa usuaria. Esta empresa ha requerido previamente los servicios de la E.T.T. para cubrir las necesidades urgentes de mano de obra, por lo que resulta difícilmente imaginable que la empresa usuaria se pudiese haber preocupado de la formación del aprendiz cuando las motivaciones que la han movido a solicitar el trabajador son muy diferentes y se deben especialmente a razones organizativas y productivas de dicha empresa.

Así pues, la necesidad urgente de cubrir un puesto de trabajo y con un horario de trabajo específico es incompatible materialmente con la concesión del tiempo que, tanto el art. 11.2 e) ET como el art. 10.2 del RD 488/1998 prescriben que se dedique a la formación teórica. También habría sido difícil o imposible la supervisión del proceso de aprendizaje. El primer problema que se hubiese planteado es la empresa que hubiese sido la obligada a proporcionar “la adquisición de los conocimientos prácticos necesarios para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo cualificado”. Lo lógico, ya que el trabajador lleva a cabo en la empresa usuaria la prestación de servicios, hubiese sido que la supervisión de la formación práctica la hubiese llevado a cabo dicha empresa; pero serían importantes los problemas que ello hubiese acarreado si tenemos en cuenta lo que ha sido expuesto anteriormente en relación a la intención de la empresa usuaria de cubrir lo antes posible las necesidades urgentes de cobertura del puesto de trabajo, y, en ningún caso, proporcionar la adecuada formación teórica y práctica al trabajador cedido. Esta imposibilidad práctica de llevar a cabo un eficaz seguimiento del aprendizaje es predicable con respecto al supuesto en que el control de éste se lleva a cabo por el mismo empresario como en el caso de la designación del tutor que posea la cualificación profesional requerida para ello.

También hubiesen surgido otros problemas interpretativos, como por ejemplo, cuál debería ser el empresario -si la E.T.T. o la usuaria- facultado para entregar al aprendiz el certificado del aprendizaje (art. 11.2.g) y art. 12 RD 488/1998) o cuál de las

dos empresas debería haber respondido ante el incumplimiento de las obligaciones a la formación, en atención a lo que dispone el art. 11.1.e) último párrafo del ET⁵²⁸.

2.4. Relaciones laborales de carácter especial.

Tampoco la L.E.T.T. contempla la posibilidad de que las E.T.T. contraten a sus trabajadores a través de relaciones laborales de carácter especial. Se ha interpretado⁵²⁹ que, en la medida en que a la regulación de dichas relaciones especiales se les aplica con carácter supletorio el conjunto del ordenamiento laboral, cabe entender que las E.T.T. podrán acudir a este tipo de contrataciones. Ahora bien, la propia regulación de determinadas relaciones laborales de carácter especial impiden que se puedan llevar a cabo por parte de las E.T.T.. Este es el caso de la relación laboral especial de minusválidos, ya que en el art. 2.2. RD 1368/1985, de 17 de julio, se exige que el empresario sea el titular de un centro especial de empleo que directamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores, y ni la E.T.T. constituye un centro especial de empleo ni va a recibir directamente la prestación de servicios de sus trabajadores, sin que sean las E.T.T. el centro adecuado para proporcionar un trabajo “adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal, social y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo” (art. 6.1 del RD 1368/1985). Hay que tener en cuenta que el contenido de la prestación laboral de estos trabajadores se articula sobre la base de compatibilizar, por un lado, que el trabajo se adecue a las especiales circunstancias del trabajador y, por otro, que se aproxime lo más posible al trabajo ordinario.

Tampoco sería posible con respecto a la actividad de estiba y desestiba de buques, ya que es la sociedad estatal la encargada de contratar a los trabajadores para los

⁵²⁸ Según el cual “las empresas que incumplan sus obligaciones en relación con la formación teórica deberán abonar al trabajador, en concepto de indemnización, una cantidad igual a la diferencia que exista entre el salario percibido por el trabajador, en virtud del tiempo de formación teórica pactada en el contrato, y el salario mínimo interprofesional o el pactado en convenio colectivo, sin perjuicio de la sanción que proceda de acuerdo con lo previsto en el art. 95 apartado 6 de esta Ley”. Puede consultarse el estudio realizado por PEDRAJAS MORENO, A., “El contrato de aprendizaje”, Relaciones Laborales, nº 5-6, 1994, págs. 57 y ss., y por CAMPS RUIZ, L.M., “La nueva regulación del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

⁵²⁹ Vid. CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 86 y

trabajos de estiba y desestiba, de forma que sólo podrán prestar servicios en las tareas portuarias aquellos trabajadores que están vinculados a la sociedad estatal correspondiente (art. 9 del Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo). En consecuencia, aquellas empresas estibadoras que precisen trabajadores deben acudir necesariamente a la sociedad estatal de estiba y desestiba para cubrir sus necesidades temporales de mano de obra, por lo que esta obligación de acudir a dicha sociedad estatal impide el recurso a las E.T.T. privadas, salvo en aquel supuesto excepcional en el que la sociedad estatal no pueda proporcionar los trabajadores solicitados por no disponer de ellos en número suficiente (art. 12 Decreto Ley 2/1986), en cuyo caso podría admitirse la actuación de las E.T.T..

No sería viable la actuación de la E.T.T. cuando se trate de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, pues, también en este supuesto, la propia naturaleza del titular del hogar familiar - “tanto el que lo sea efectivamente como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico” (art. 1.3 del RD 1424/1985, de 1 de agosto)- impediría la formalización por parte de la E.T.T. de este tipo de contratos. Además, hay que tener en cuenta que el art. 2 del RD 1424/1985 excluye del ámbito de esta relación “las relaciones concertadas por personas jurídicas, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas”.

Con respecto a la relación laboral especial de alta dirección, tampoco parece coherente concertar este tipo de contrato con el trabajador que va a ser cedido a la empresa usuaria, sino que es más lógico reservar este tipo de relación para aquellos trabajadores que prestan sus servicios bajo la dirección y control de la E.T.T.. El hecho de que estos trabajadores ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa -lo cual implica que debe contar con facultades representativas del empresario- y que los poderes ejercitados por el personal de alta dirección se refieran a los objetivos generales de la misma (art. 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto)⁵³⁰ no encuentra su

87.

⁵³⁰ El art. 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, define al personal de alta dirección como “aquellos

acomodo cuando el trabajador es cedido a la empresa usuaria, empresa que solicita al trabajador para determinado puesto de trabajo en función de sus propias necesidades organizativas y productivas que nada van a tener que ver con las de la E.T.T..

2.5. La contratación por tiempo indefinido en las empresas de trabajo temporal.

Junto a la contratación por tiempo determinado, el art. 10.1 L.E.T.T. también prevé que el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador pueda concertarse por tiempo indefinido⁵³¹. En el supuesto de que la E.T.T. contrate por tiempo indefinido al trabajador que va a ser cedido a la empresa usuaria se plantea la duda de cuál debe ser la situación de estos trabajadores en los períodos entre misión y misión. La mayor parte de la doctrina se ha pronunciado a favor de que los períodos entre misiones del trabajador indefinido sean considerados como supuestos de suspensión del contrato de trabajo. De forma que, “aunque directamente no se recoge en ninguno de los supuestos de suspensión del E.T., no existiría mayor inconveniente en integrarlo dentro del apartado relativo a las causas consignadas válidamente en el contrato (art. 45.1.b). Ello supone que, conforme a la normativa general, dicha suspensión exonera a las partes de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 E.T.)”⁵³². Siguiendo con este razonamiento se señala⁵³³ la posible facultad del trabajador fijo de la E.T.T. de ser destinado a una empresa usuaria con preferencia a la celebración de contratos temporales con otros trabajadores, o bien la preferencia frente a otros trabajadores fijos

trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

⁵³¹ En el ordenamiento alemán -la A.Ü.G. de 7 de agosto de 1972- resulta obligatoria la celebración del contrato por tiempo indefinido. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 68; DURÁN LÓPEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, Revista de Trabajo, nº 69, 1983, pág. 26.

⁵³² Vid. CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 97. En este sentido, también ALBIOL MONTESINOS, I., “Las empresas de trabajo temporal”, Tribuna Social, nº 43, 1994, pág. 120, señala que “para estos casos, cabría entender como válida una causa de suspensión prevista en el contrato entre la E.T.T. y el trabajador -art. 45.1.b ET- que supusiese que el contrato queda suspendido entre ambos en tanto no exista un contrato de puesta a disposición que permita a la E.T.T. ceder al trabajador a la empresa usuaria”.

⁵³³ Vid. CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 99.

que llevan menor tiempo en situación de inactividad, o bien el establecimiento de fórmulas asimiladas al llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos⁵³⁴.

La L.E.T.T. no aclara nada sobre la situación de estos trabajadores en los períodos entre misiones. Únicamente señala -en el art. 12- que “cuando el contrato se haya concertado por tiempo indefinido se aplicará la normativa de carácter general”, sin que este precepto solucione el problema. El II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. tampoco establece ninguna previsión acerca de qué sucede en los períodos entre misiones en los que el trabajador indefinido no presta sus servicios en ninguna empresa usuaria. Sin embargo, en el art. 38 del Convenio sí se establecen otros supuestos de suspensión del contrato de trabajo en los que cesa la obligación en el pago del salario e ingreso de cotizaciones de Seguridad Social del trabajador cedido (en los supuestos de cierre en las instalaciones de la empresa usuaria por el disfrute de vacaciones de su personal y en el de suspensión total o parcial de la actividad de la empresa usuaria)⁵³⁵. Ahora bien, el hecho de que el II Convenio Colectivo estatal prevea en estos supuestos

⁵³⁴ La doctrina ya se había decantado por la afirmación de que la calificación de la situación de los trabajadores fijos discontinuos en los períodos de inactividad es la de suspensión del contrato de trabajo. En este sentido, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 36, 1988, pág. 595, señala que “si la situación de suspensión de la relación laboral es aquella en que cesa la prestación del servicio acordado y del salario o retribución correspondientes, no parece dudoso calificar aquellos períodos de actividad de los trabajadores fijos discontinuos como de suspensión del contrato de trabajo”. También se decanta por esta opción, TÁRREGA POVEDA, J., “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, pág. 141, cuando afirma que “es una suspensión de la relación laboral, fundada en causas objetivas dependientes del trabajo que se ejecuta. Su finalidad es asegurar la continuidad del vínculo laboral”.

⁵³⁵ Art. 35. Suspensión de actividad en la empresa usuaria.

1. Constituyen causas de suspensión de la relación laboral suscrita entre la E.T.T. y los trabajadores en misión las situaciones siguientes:

a) Cierre total o parcial de las instalaciones de la empresa usuaria para disfrute de vacaciones de su personal, siempre que ello imposibilite la continuidad de la prestación de actividad laboral de los trabajadores puestos a disposición.

b) Suspensión total o parcial de la actividad de la empresa usuaria que impida la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición.

En los dos supuestos descritos la relación laboral se reanudará a todos los efectos a partir de la fecha en que desaparezcan las causas que dieron lugar a la suspensión de actividad en la empresa usuaria.

2. Durante el período de suspensión del contrato la empresa queda exonerada de la obligación de pago del salario e ingreso de cotizaciones de Seguridad Social y el trabajador de la obligación de prestación de actividad.

3. El tiempo de suspensión del contrato por las causas consignadas con anterioridad no computará a efectos de cumplimiento del período de vigencia pactado por las partes contratantes ni será tomado en consideración a los efectos de la duración máxima de la relación laboral prevista, según la modalidad y causa de contratación de que se trate en cada caso, en el artículo 14 del presente Convenio

la suspensión del contrato de trabajo no implica que en los períodos entre misiones del trabajador contratado indefinidamente por la E.T.T. haya de aplicarse esta misma figura.

De escoger la interpretación de que los períodos entre misiones siguen el régimen jurídico de la suspensión o se asimilan al de los trabajadores fijos discontinuos nos encontraremos con la contradicción de que el trabajador contratado por tiempo indefinido para ser cedido a la empresa usuaria estará sometido a unas condiciones de precariedad mucho mayores que la de los trabajadores contratados por tiempo determinado. El trabajador que estipula con la E.T.T. un contrato por tiempo indefinido se compromete, por la propia naturaleza indefinida de su relación laboral, a estar disponible cada vez que la E.T.T. decida ponerlo a disposición de la usuaria. Si se acepta la teoría de que los períodos entre misión y misión del trabajador fijo que es puesto a disposición han de calificarse como supuestos de suspensión del contrato de trabajo, el trabajador contratado por tiempo indefinido no tiene la seguridad de cuándo va a producirse el llamamiento, ni tampoco tendría derecho a percibir la indemnización económica de doce días de salario por año de servicio -indemnización que únicamente se prevé para los trabajadores que hayan concertado con la E.T.T. un contrato por tiempo determinado-.

Además, el trabajador indefinido tendría una desventaja añadida a la que no se ve sometido el trabajador puesto a disposición contratado temporalmente por la E.T.T., pues el primero debe dar cumplimiento a todas las órdenes de destino, sea cual sea el momento en que la E.T.T. decida ponerlo a disposición de la usuaria, por lo que este compromiso le podría cerrar las puertas para poder estipular contratos de trabajo con otras empresas. Esta situación constituye un pacto de dedicación exclusiva encubierto, de forma que indirectamente se estaría prohibiendo la prestación laboral del trabajador para otro u otros empresarios distintos de la E.T.T.. Si se acepta la teoría de que los períodos entre misiones del trabajador indefinido puesto a disposición constituyen

supuestos de suspensión del contrato de trabajo, la E.T.T. goza del beneficio de garantizar la dedicación exclusiva del trabajador sin tener que seguir las obligaciones que le impone el E.T. (art. 21.1 y 3), esto es, que se produzca un acuerdo de voluntades entre las partes y que se fije una compensación económica expresa⁵³⁶.

Admitir la postura favorable a la suspensión del contrato de trabajo durante los períodos que restan entre dos contratos de puesta a disposición supondría, pues, una vinculación permanente con dicha empresa sin el mantenimiento de los derechos que el trabajador tendría en un contrato por tiempo indefinido ordinario, de forma que el trabajador que hubiese concertado con la E.T.T. un contrato por tiempo indefinido tendría que correr con los riesgos propios de la actividad empresarial de ésta cuando las empresas usuarias no recurrieran a sus servicios. Con ello, la E.T.T. estaría exigiendo una vinculación permanente del trabajador sin las consecuencias legales que de la misma se derivan, en especial los de carácter salarial. Esto resulta cuestionable desde la perspectiva de que el trabajador indefinido no tendría que estar sometido a este régimen precario de suspensión de actividades, sino que su contrato indefinido le uniría con la E.T.T. a través de un vínculo laboral estable. Además, esta situación resultaría contradictoria en relación al personal estructural de la E.T.T. contratado por tiempo indefinido, es decir, aquellos que prestan sus servicios bajo la dirección y control de la E.T.T según el art. 14 L.E.T.T.-, que no correrían con los riesgos de la actividad empresarial. Por lo tanto, si se considerase que los trabajadores indefinidos que prestan sus servicios en las empresas usuarias siguen el régimen jurídico de los trabajadores fijos discontinuos o bien los efectos de la suspensión del contrato, se produciría, pues, el efecto no deseado de que éstos han de correr con el riesgo empresarial de la E.T.T.,

⁵³⁶ DURÁN LÓPEZ, F., “Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa”, en AA.VV., “Comentarios a las leyes laborales” (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1985, pág. 186, señala que “la fijación de la compensación económica es un contenido necesario o esencial del pacto, de forma tal que éste no se considerará alcanzado hasta tanto se produzca esa fijación. Que ha de ser, además, expresa, diferenciándose del resto de las percepciones recibidas por el trabajador, y concretándose la cuantía y la periodicidad de la misma, y su función específica en relación con el compromiso de dedicación exclusiva del trabajador”.

mientras que esta circunstancia no sucedería con respecto a los trabajadores estructurales de la E.T.T. -personal administrativo y de servicios de la E.T.T.-⁵³⁷.

Otro argumento para rechazar el carácter de fijos discontinuos de estos trabajadores viene dado por el hecho de que la empresa a la que presta sus servicios el trabajador temporal no es la E.T.T., sino la empresa usuaria. No es la E.T.T. la que posee la necesidad de cubrir el puesto de trabajo, sino la usuaria. En este sentido existe una línea jurisprudencial⁵³⁸ que niega la condición de fijos discontinuos cuando las empresas para las que prestan sus servicios estos trabajadores no desempeñan una actividad cíclica, sino que la periodicidad les viene dada por circunstancias ajenas a la actividad de la empresa -que son las que hacen que pueda realizarse el trabajo intermitente-. También existe una corriente jurisprudencial en la que se pone de manifiesto que el hecho de que la empresa en la que se desarrolla la actividad sí tenga un carácter cíclico no significa que tenga dicha naturaleza la empresa que contrata al trabajador para desempeñar esa actividad⁵³⁹. Incluso en aquellos supuestos en los que el trabajador es contratado siempre para la misma época del año -períodos de tiempo ciertos, como por ejemplo vacaciones- la jurisprudencia ha sido reacia a la calificación de estos trabajadores como fijos discontinuos⁵⁴⁰.

Así pues, si se opta por la interpretación de que el régimen jurídico aplicable a estas situaciones no es el de la suspensión del contrato o el de la consideración como fijos discontinuos, una posible solución para la cobertura de estos períodos sería la aplicación de lo previsto en el art. 30 E.T, en virtud del cual el trabajador conservaría el

⁵³⁷ La doctrina francesa también se ha pronunciado a favor del mantenimiento de los derechos del trabajador en los períodos entre misiones. Vid. KERBOURCH, J.Y., "Le travail temporaire: une forme déjà élaborée du contrat d'activité", *Droit Social*, nº 2, 1997, págs. 127 y ss; SUPIOT, A., "Le travail, liberté partagée", *Droit Social*, 1993, págs. 715-724.

⁵³⁸ STSJ Andalucía de 27 de julio de 1994 (Ar. 2936).

⁵³⁹ La sentencia del TSJ de Castilla-León de 21 de marzo de 1995 (Ar. 933) señala que "el hecho de que el centro donde se desarrollaron -las actividades-, un albergue juvenil, sí tenga un funcionamiento permanente, con cíclicas necesidades asistenciales en sus aperturas de temporadas no contagia tal naturaleza a la actividad de las aulas descritas, que utilizan el albergue sólo como soporte físico de las mismas".

⁵⁴⁰ Vid. STS de 19 de febrero de 1986 (Ar. 786), STS de 26 de septiembre de 1988 (Ar. 7113) y STS de 3 de mayo de 1994 (Ar. 3989).

derecho al salario porque la E.T.T. se habría retrasado en darle trabajo por impedimentos imputables a ésta, y no al trabajador. Es necesario, pues, pasar al análisis de los distintos presupuestos que dan lugar a la aplicabilidad del mencionado precepto, para examinar si concurren los mismos en el supuesto analizado. En primer lugar, el contrato de trabajo debe estar vigente, característica predicable en los períodos de inactividad del contrato por tiempo indefinido entre el trabajador y la E.T.T.⁵⁴¹. Como segundo requisito, se requiere que el trabajador esté dispuesto para la prestación de servicios, exigencia que también concurre en el caso analizado, ya que -a menos que concurra la dimisión tácita, ausencia continuada o voluntad claramente contraria al desempeño de la prestación de servicios- puede hablarse genéricamente de una predisposición favorable del trabajador a la prestación de servicios. En tercer lugar, el art. 30 E.T. contempla la imposibilidad de la prestación laboral mientras tanto no se formalice debidamente la causa del cese de actividades como supuesto que dé lugar a modificación, suspensión o extinción de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o fuerza mayor (art. 41, art. 45 - apartados i) y j)-, art. 47, art. 51 y art. 52 c) E.T.).

Por último, el art. 30 E.T. exige que el retraso del empresario en dar trabajo se deba a impedimentos imputables al mismo, y no al trabajador. Este es el requisito más problemático, puesto que la falta de demanda por parte de la empresa usuaria -como supuesto más común de no llamamiento del trabajador contratado por la E.T.T. por tiempo indefinido- no puede incardinarse dentro de los comportamientos del empleador directamente atribuibles al mismo como consecuencia de una actitud dolosa o culposa del mismo, sino que pertenecería a una segunda clasificación de impedimentos que podrían calificarse como “impedimentos objetivos”⁵⁴². En este punto, la doctrina ha

⁵⁴¹ Este presupuesto ha permitido la exclusión del ámbito del art. 30 E.T. de aquellas pretensiones a percepción de salarios en los supuestos de excedencia voluntaria, desde que se insta ante la jurisdicción el reconocimiento del derecho al reingreso hasta que éste se produce efectivamente (STS 5-12-1988, Ar. 9561), supuesto que no concurre en el caso analizado.

⁵⁴² En este sentido, vid. JUANES FRAGA, E., “Derecho al salario sin prestación de servicios”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993, págs. 148, y RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Imposibilidad de la prestación”, en El Estatuto de los Trabajadores (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Tomo VI, Edersa, Madrid, 1982, pág. 187.

diferenciado los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, remitiendo únicamente el primero de los citados al ámbito del art. 30 E.T.⁵⁴³. Si se toma como referencia para la distinción de ambas figuras la teoría objetiva, habrá que atender a la procedencia interna o externa del obstáculo imprevisible o inevitable (art. 1.105 C.C.), de tal forma que se considerará caso fortuito el acontecimiento que tiene lugar en el curso normal de la actividad empresarial o industrial, mientras que la fuerza mayor deriva de un suceso que se genera fuera del círculo del deudor, y con violencia insuperable que hace que quede fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario de la relación⁵⁴⁴.

Desde este punto de vista, podría calificarse la ausencia de demandas por parte de las empresas usuarias como un acontecimiento fortuito que tiene lugar dentro del ámbito de la actividad empresarial de la E.T.T., y, por tanto, deberá considerarse imputable a la misma y no al trabajador, por lo que entra dentro de lo previsto en el art. 30 E.T. Esta conclusión resulta asimismo coherente con el presupuesto sustantivo de la ajénidad en los riesgos, en virtud de la cual el trabajador por cuenta ajena se desvincula de los resultados favorables o adversos de la actividad en que consiste la prestación de servicios⁵⁴⁵. Así pues, en función de la propia naturaleza laboral de la relación que une a la E.T.T. y al trabajador, éste no se verá obligado a tener que asumir el riesgo derivado de la ausencia de demandas en el mercado en el que desarrolla su actividad dicha empresa o de una falta de previsión de ésta en el momento de proceder a la formalización de los contratos de trabajo con los trabajadores puestos a disposición.

⁵⁴³ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Imposibilidad de la prestación”, op. cit., pág. 200.

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo”, Civitas, Madrid, 1993, pág. 94. Sigue este criterio la STS de 28-9-1988 (Ar. 6944), la fuerza mayor es todo “acaecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario”.

⁵⁴⁵ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., “Manual de Derecho del Trabajo”, Madrid, 1957, págs. 16 y ss.

III. PERÍODO DE PRUEBA EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL .

1. La ausencia de una regulación específica del período de prueba.

La L.E.T.T. no establece un período de prueba específico aplicable a las relaciones entre la E.T.T. y los trabajadores puestos a disposición, lo cual plantea importantes problemas, debido a las especiales características del contrato entre este tipo de empresas y los trabajadores cedidos. No existe, pues, una regulación que tenga en cuenta las especiales características que, en cuanto a la brevedad de la puesta a disposición, son predicables del trabajo desarrollado por el trabajador contratado por la E.T.T.⁵⁴⁶. Ahora bien, en ausencia de regulación en el texto definitivo L.E.T.T., parece que la única interpretación posible sería la aplicación de la normativa laboral común, en virtud de la Disposición Adicional Primera de la citada Ley, que establece que *“en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador, y entre éste y la empresa usuaria”*. Si se tiene en cuenta lo dispuesto en este precepto, la primera conclusión a extraer sería la posibilidad de que la E.T.T. pueda pactar un período de prueba con los requisitos establecidos en el art. 14 E.T., del mismo modo que se viene admitiendo dicha posibilidad en la contratación por duración

⁵⁴⁶ En el texto del Anteproyecto de Ley presentado al Consejo Económico y Social el 16 de marzo de 1993 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4-1-1994) sí que se contenía una regulación de esta institución, la cual ya se eliminó de forma definitiva en el texto del Proyecto de Ley de 4 de enero de 1994. La duración del período de prueba variaba en función de la duración del contrato de trabajo, estableciéndose un régimen distinto en función de que éste fuese de duración indefinida o bien de duración determinada, y dentro de los de duración determinada también se asignaba un período de prueba diferente en virtud de que la duración del contrato fuese inferior a un mes, entre uno y dos meses o superior a dos meses.

Así, el Art. 12 del Anteproyecto de Ley presentado al C.E.S. el 16 de marzo de 1993 establecía lo siguiente:

“1) Podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de dos días en los contratos de duración inferior a un mes, de cuatro días en los contratos cuya duración oscile entre uno y dos meses y de seis días en los contratos de duración superior a dos meses.

2) En los contratos indefinidos se estará a lo dispuesto en el art. 14”.

determinada⁵⁴⁷. En este sentido, la mayoría de los convenios colectivos se remiten directamente al art. 14 ET⁵⁴⁸ o reproducen el contenido del mismo⁵⁴⁹.

Ahora bien, el recurso a la legislación laboral general en este punto suscita algunas cuestiones e interrogantes. Y ello porque con la aplicación supletoria del art. 14 ET no se solucionan los problemas que se suscitan en relación al período de prueba de los trabajadores puestos a disposición, debido a las dificultades que surgen de la especial relación triangular que mantienen la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador. Como se ha puesto de manifiesto, la justificación del período de prueba estriba en el carácter personalísimo de la relación laboral y en la necesidad de que ambas partes se aseguren de las aptitudes de la contraparte⁵⁵⁰. En el art. 14 ET se regula un período de prueba que tiene como finalidad la experimentación, de forma que “el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”. De esta forma, ambas partes se aseguran el conocimiento del otro y pueden realizar una valoración de las características y aptitudes de la contraparte. Así, el trabajador puede conocer las condiciones de trabajo en las que va a desempeñar su prestación, y el empresario puede “comprobar la aptitud técnica, así como, en general, las condiciones personales -de rendimiento y éticas- del interesado sometido a prueba, y evitar, negativamente, los riesgos de un contrato de trabajo celebrado ya inicialmente con carácter definitivo”⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ En la doctrina italiana también se ha venido admitiendo la posibilidad de llevar a cabo el período de prueba en los contratos de duración determinada. Vid. TATARELLI, M., “I poteri del datore di lavoro privato e pubblico”, op. cit., págs. 254-255.

⁵⁴⁸ A modo de ejemplo, vid. los convenios colectivos de Adia Intergrup (B.O.E. 30-8-1994); Trabajo y Empleo de Trabajo Temporal (B.O.P. Almería 19-12-1994); Nueva Cadegesa (B.O.C Madrid, 24-1-1995); Laborman (B.O.E. 2-2-1995); Administración y Gestión de personal (B.O.P. Málaga, 6-2-1995); Alta Gestión (B.O.E. 10-2-1995); Fidelio Trabajo Temporal (B.O.P. Málaga 13-2-1995), Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O.E. 15-2-1995), Adim Trabajo Temporal (B.O.C. Madrid, 21-2-1995); FASTER Ibérica (B.O.E. 10-3-1995); Grup Quatre Selecció (B.O.P. Barcelona 20-3-1995), Teamwork (B.O.E. 5-4-1995); Tempo Grup (D.O.G. Cataluña 28-4-1995); Servicio y Organización del Secretariado (B.O.P. Madrid 1-5-1995); Gonzal Gestión, (B.O.P. Madrid 1-5-1995).

⁵⁴⁹ Vid. los Convenios Colectivos de Manpower Team, (B.O.E. 1-11-1994); Temps Trabajo Temporal (B.O.C. Madrid 21-12-1994); People Justo a Tiempo (B.O.E. 5-1-1994); Grupo Europeo de Recursos Humanos (Madrid, 24-1-1995); Dalgo Grup 2000 (D.O.G. Valenciana 15-5-1995); AGIO, T.T. (B.O.E. 1-2-1995); People Málaga, E.T.T., S.L. (B.O.P. Málaga 16-3-1995); Bicolán Trabajo Temporal (B.O.E. 24-5-1995).

⁵⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M^a. A., “El período de prueba”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 9.

⁵⁵¹ Vid. DURÁN LÓPEZ, F., “El período de prueba. Voz para una Enciclopedia”, Relaciones Laborales,

Para llevar a cabo esta finalidad, el art. 14 ET permite que cualquiera de las partes resuelva la relación laboral durante el transcurso de dicho período⁵⁵². Cuando estamos en presencia de una relación laboral típica, el trabajador realiza el deber de experimentación para el empresario que recibe la prestación laboral, que es al mismo tiempo el empresario formal del trabajador. Ahora bien, los trabajadores contratados por E.T.T. realizan la prestación de servicios en la empresa usuaria, mientras que el vínculo laboral no lo mantiene con ésta, sino con la E.T.T.. De ahí que no pueda afirmarse sin más que la empresa usuaria tenga la facultad de resolver el vínculo laboral unilateralmente, pues no es dicha empresa la que mantiene la relación laboral con el trabajador, aunque sí que sea ésta la que realmente tenga el interés en que se lleve a cabo el conocimiento mutuo de las aptitudes de ambas partes. En este punto va a tener relevancia el concepto de empresario que se adopte, bien como la persona natural o jurídica parte del contrato de trabajo con la que el trabajador mantiene el vínculo contractual, bien como el empresario que reciba la prestación de servicios de las personas referidas en el art.1.1 ET. Según la atribución de la facultad a uno u otro empresario nos encontraremos ante la asunción de la tesis contractualista de los poderes empresariales, en el primero de los casos, o bien ante la prevalencia de las razones organizativas característica de la concepción comunitarista de empresa. A continuación serán analizados los distintos elementos que conforman la institución del período de prueba para poder vislumbrar cuál sería el régimen aplicable a los trabajadores puestos a disposición.

2. Límites a la duración del período de prueba.

El primer problema que surge al analizar el período de prueba de los trabajadores contratados por la E.T.T. es con respecto a la duración del mismo. Según

nº 12, 1988, pág. 1312.

⁵⁵² MARTÍN VALVERDE, A., “El período de prueba en el contrato de trabajo”, Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 279, defiende la necesidad de causalizar la resolución del período de prueba, esto es, “la causalidad del despido por resultado insatisfactorio de la prueba”. Sin embargo, otro sector doctrinal es partidario de la libre resolución, como es el caso de ALONSO OLEA, M., “El despido. (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario), IEP, Madrid, 1957, págs. 24-25, que justifica su posición en dos argumentos: la naturaleza fiduciaria del contrato de trabajo y la imposibilidad de sustituir al empleador en la valoración de la aptitud y la adaptación de los trabajadores de nuevo ingreso.

dispone el art. 14 E.T., podrá concertarse un período de prueba con sujeción a los límites de duración que, en su caso establezcan los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio colectivo, la duración de dicho período no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados ni de dos meses para el resto de trabajadores -salvo en empresas de menos de veinticinco trabajadores, en las que el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados-. Así pues, a falta de previsión en los diferentes convenios de E.T.T., nos encontramos ante unos límites de duración excesivamente amplios, especialmente si se piensa que los trabajadores en misión van a ser -en la mayoría de los casos- puestos a disposición durante períodos de tiempo cortos, en función de la temporalidad inherente a este tipo de actividades.

En este punto, hay que tener en cuenta que la duración máxima del contrato de puesta a disposición es de seis meses cuando el supuesto de puesta a disposición es la eventualidad, de tres meses para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección o promoción y el tiempo que dure la causa que lo motivó en los supuestos de obra o servicio determinado y para sustituir a trabajadores en la empresa usuaria con reserva de puesto de trabajo (art. 7 L.E.T.T.). **¡Error! Marcador no definido.** Si ponemos en relación la duración máxima de los contratos de puesta a disposición con la duración del período de prueba establecida en el ET, nos podríamos encontrar con el caso extremo de que el contrato de puesta a disposición celebrado entre una E.T.T. dure lo mismo que el período de prueba establecido en el art. 14 ET. A modo de ejemplo, podría pensarse en el supuesto de un trabajador técnico titulado que es contratado por la E.T.T. para atender las exigencias circunstanciales del mercado de la empresa usuaria -art. 6.2.b L.E.T.T.-. La duración máxima del contrato de puesta a disposición celebrado por esta causa es de 6 meses, la misma que la del período de prueba establecido para los trabajadores técnicos titulados -de 6 meses, en defecto de pacto en convenio colectivo-.

Así pues, el uso abusivo del período de prueba puede producirse cuando la duración del contrato del trabajador puesto a disposición y la de dicho período coincide totalmente o en gran parte, de modo que la posibilidad de resolver el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador durante cualquier momento “configurarían la institución de la prueba como una prerrogativa empresarial potencialmente abusiva”⁵⁵³. Por ello, soy de la opinión de que hay que entender extensible también a estos supuestos la línea jurisprudencial que entiende abusivo el establecimiento de un período de prueba que coincida temporalmente con el término del contrato temporal, y cuya doctrina podría resumirse en que la inclusión del período de prueba es de más dudosa aceptación respecto de contratos temporales, y manifiestamente ineficaz por abusiva y desleal en aquellos supuestos en que la duración del período de prueba es la del término del contrato, pues ello equivale a desnaturalizar la esencia experimental que tiene la prueba a la par que ataca los más elementales principios de estabilidad en el empleo⁵⁵⁴.

En mi opinión, no sólo ha de considerarse abusivo el período de prueba coincidente con la duración del contrato entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición. Éste es el supuesto límite, pero también debería considerarse como tal aquel período de prueba excesivamente amplio en relación con la duración del contrato temporal entre la E.T.T. y el trabajador⁵⁵⁵. Lo que ocurre en estos casos es que nos encontramos con el impedimento de que no existe ninguna norma que establezca limitaciones para el período de prueba en los contratos temporales, por lo que lo lógico es que se recurra a la necesaria razonabilidad y proporcionalidad entre la duración del período de prueba y la del contrato⁵⁵⁶. En favor de esta necesaria proporcionalidad hay

⁵⁵³ BALLESTER PASTOR, M^a. A., “El período de prueba”, op. cit., pág. 34.

⁵⁵⁴ En esta línea se encuentra la STS de 5 de diciembre de 1988 (Ar. 9558) y, más recientemente, la STSJ de Cantabria de 18 de junio de 1991 (Ar. 3800).

⁵⁵⁵ En el ordenamiento francés, junto al control a posteriori de los tribunales en el supuesto de un período de prueba excesivamente largo, existe una limitación en los contratos de duración determinada (arts. L 122-3-2 y L 122-4-1 del Code du Travail). Dicho período no podrá ser superior a dos días si el contrato es de duración igual o inferior a un mes, de tres días si el contrato de trabajo ha sido concertado entre uno y dos meses y cinco días para períodos superiores. VERKINDT, P.Y., “L’application du principe d’égalité de traitement aux travailleurs précaires”, Droit Social, n° 11, 1995, pág. 874, señala que esta limitación constituye una notable excepción al principio según el cual el empresario determina libremente la duración del período de prueba en función de lo previsto en la normativa convencional.

⁵⁵⁶ En opinión de SEMPERE NAVARRO, A., “Resolución del vínculo laboral y período de prueba”,

que tener en cuenta que el período de prueba se configura como una institución en la cual el empresario y el trabajador están mutuamente obligados a realizar las experiencias objeto de la prueba -lo que constituye el deber de experimentación-, y no como un modo de extinción a la que pueda recurrir el empresario sin necesidad de alegar causa alguna ni de indemnizar ni preavisar al trabajador. Asimismo, hay que tener presente la finalidad que se persigue con el recurso por parte de las empresas usuarias a los servicios de las E.T.T., esto es, la necesidad urgente de cubrir un puesto de trabajo temporal, o, tal como dice la Exposición de Motivos L.E.T.T., “la inmediatez en la respuesta que (...) no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales”. Esta necesaria inmediatez implicaría que la empresa usuaria deba decidir en un período de tiempo razonable si el trabajador cedido por la E.T.T. responde a las características del puesto de trabajo a cubrir y si es capaz de desarrollar eficazmente las tareas inherentes a dicho puesto.

A la vista de la amplitud de la duración máxima del período de prueba establecida en el art. 14 ET, lo más adecuado sería que los convenios colectivos estableciesen unos límites máximos más acordes a la duración máxima de los contratos de puesta a disposición del art. 7 L.E.T.T.. De este modo, se guardaría una mayor proporcionalidad entre la duración del período de prueba del trabajador cedido y la duración del contrato de puesta a disposición. En algunos convenios sí que existe esta previsión, existiendo una clara intención de adecuación del período de prueba a la duración concreta del contrato de puesta a disposición, de forma que se establecen unos límites máximos en función de los diferentes supuestos por los que dicho contrato se haya celebrado -obra o servicio determinado, eventualidad, interinidad o cobertura de vacante mientras dura el proceso de selección o promoción-. Sin embargo, son muy escasos los convenios colectivos que contienen previsiones de este tipo, aunque en algunos se ha establecido de forma detallada diversas duraciones del período de prueba en función del tipo de contrato, su duración y la titulación del trabajador. De este modo,

Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 6, 1981, pág. 251, “se subordina la admisibilidad o no del período de prueba a la mayor o menor duración prevista para el contrato de trabajo, sin que puedan darse

se han configurado duraciones máximas de 1/3 -para técnicos titulados- y 1/4 -para el resto de trabajadores- del contrato de puesta a disposición en los supuestos en los que el contrato es de duración cierta, y de tres meses -para técnicos titulados- y un mes -para el resto de trabajadores- en los que son de duración incierta⁵⁵⁷.

3. La relación entre el período de prueba y el contrato de puesta a disposición.

Es necesario distinguir entre el período de prueba que pueden estipular la E.T.T. y el trabajador -cuya naturaleza es laboral-, y el período de aceptación del trabajador que hubiesen pactado, en su caso, la E.T.T. y la usuaria en el contrato de puesta a disposición -de naturaleza civil o mercantil, al igual que el contrato de puesta a disposición-. En relación al período de aceptación que pacte la empresa usuaria con la de trabajo temporal, la L.E.T.T. no contiene ninguna previsión sobre este tema, ya que se remite al desarrollo reglamentario en lo que respecta a la información que debe contener el contrato de puesta a disposición. Sin embargo, tampoco el R.E.T.T. ha previsto nada sobre este punto, por lo que pueden surgir una serie de problemas interpretativos al poner en relación el período de

plazos concretos: la solución ante cada caso sólo puede ser confiada a la medida del arbitrio judicial”.

⁵⁵⁷ Es el caso del Convenio Colectivo de ELAN Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa de 28-3-1995), de Consultores de Empleo (B.O.E. de 7-6-1995) y de ECCO Trabajo Temporal (B.O.E. 4-11-1994).

A modo de ejemplo, el art. 8 del Convenio Colectivo de la E.T.T. ELAN Servicios Empresariales establece que la duración del período de prueba para los trabajadores puestos a disposición será:

“1. Obra o servicio determinado.

A) Contratación de duración cierta:

- a) Técnicos titulados: 1/3 de la duración del contrato de puesta a disposición.
- b) Resto de trabajadores: 1/4 de la duración del contrato de puesta a disposición.

B) Contratación de duración incierta:

- a) Técnicos titulados: 3 meses.
- b) Resto de trabajadores: 1 mes.

2. Acumulación de tareas.

- a) Técnicos titulados: 1/3 de la duración del contrato de puesta a disposición.
- b) Resto de trabajadores: 1/4 de la duración del contrato de puesta a disposición.

3. Interinidad.

A) Contratación de duración cierta:

- a) Técnicos titulados: 1/3 de la duración del contrato de puesta a disposición.
- b) Resto de trabajadores: 1/4 de la duración del contrato de puesta a disposición.

B) Contratación de duración incierta:

- a) Técnicos titulados: 3 meses.
- b) Resto de trabajadores: 1 mes.

4. Promoción o selección.

- a) Técnicos titulados: 1/3 de la duración del contrato de puesta a disposición.
- b) Resto de trabajadores: 1/4 de la duración del contrato de puesta a disposición.”

prueba que realiza la E.T.T. y el trabajador y el período de aceptación que se podría estipular entre la E.T.T. y la empresa usuaria en virtud del contrato de puesta a disposición que se realiza entre ambas empresas. En los diferentes convenios colectivos de E.T.T. no existen menciones a la posibilidad de que las empresas usuarias puedan pactar con las E.T.T. un período de tiempo máximo para comprobar si el trabajador posee las aptitudes y las condiciones personales para llevar a cabo correctamente la prestación laboral. La primera de las dudas que se suscita en este punto es si las estipulaciones que hayan pactado la E.T.T. y la usuaria en el contrato de puesta a disposición pueden llegar a desplegar efectos jurídicos laborales respecto al trabajador temporal, o si el trabajador cedido sólo viene, por el contrario, vinculado por el período de prueba que se establezca en su específico contrato de trabajo con la E.T.T., que es el verdadero empresario formal de dicho trabajador. En este sentido, es necesario analizar las cuatro posibles situaciones que pueden plantearse entre los tres sujetos integrantes de la relación triangular.

Un primer supuesto vendría dado por el hecho de que la E.T.T. haya pactado un concreto período de prueba con el trabajador temporal. En este caso, el trabajador estará vinculado por el pacto al que haya llegado con la E.T.T., el cual será perfectamente válido teniendo en cuenta que ésta es el empresario formal del trabajador. Si la empresa usuaria decide que el trabajador no se ajusta a las características exigidas, considero que no bastaría la comunicación al trabajador por parte de la empresa usuaria de que prescinde de sus servicios. Por el contrario, la empresa usuaria deberá comunicar a la E.T.T. que el trabajador no se adecua al perfil solicitado, para que sea ésta última la que, en su caso, ponga fin al período de prueba que ha estipulado en el contrato de trabajo, puesto que es la E.T.T. el empresario formal del trabajador puesto a disposición. Y ello porque la facultad de poner fin al contrato de trabajo entre la E.T.T. no se encuentra dentro de las facultades de dirección y control que otorga a la empresa usuaria el art. 15.1 L.E.T.T., sino que la institución del período de prueba se conforma como un elemento del contrato que forma parte del objeto de la prestación laboral, y, en consecuencia, la delimitación del período de prueba es anterior al ejercicio del poder de dirección. Por ello, aunque el art. 15.2 L.E.T.T.

sólo prevé la obligación de comunicar que se ha producido un incumplimiento contractual a la empresa usuaria para que sea la E.T.T. la que adopte las medidas sancionatorias correspondientes, este deber de comunicar podría aplicarse analógicamente a la hora de poner fin al período de prueba, por la razón que ha sido apuntada anteriormente de que la facultad de extinguir el contrato no está dentro de las atribuciones asignadas por la L.E.T.T. a la empresa usuaria.

Una vez la empresa usuaria ha comunicado a la E.T.T. su voluntad de prescindir del trabajador puesto a disposición, esta última sólo podrá rescindir el contrato en el supuesto de que todavía se encuentre dentro del período de prueba pactado, puesto que en caso contrario persistirá la relación laboral con el trabajador hasta que finalice la duración establecida en el contrato de trabajo. El riesgo de que la empresa usuaria manifieste su disconformidad sobre las aptitudes del trabajador fuera del período de prueba entre la E.T.T. y el trabajador no puede recaer sobre el trabajador, ya que a estos dos sujetos contractuales les es de aplicación la normativa laboral, y según ésta las rescisiones unilaterales del empresario fuera del período de prueba ya no pueden someterse al régimen de resolución del período de prueba establecido en el art. 14 E.T., por lo que si se produjera dicha rescisión podría calificarse ésta como despido. Por lo tanto, si la E.T.T. decidiera poner fin a su relación con el trabajador fuera del término establecido en el período de prueba el trabajador estaría legitimado para interponer demanda por despido, pues la relación que une a la E.T.T. y al trabajador se rige por el contrato laboral entre ambos, y no por el contrato mercantil de puesta a disposición establecido entre la E.T.T. y la usuaria. A estos efectos, resulta indiferente que la empresa usuaria haya pactado un período de aceptación en el contrato de puesta a disposición con la E.T.T., porque este último tendría naturaleza mercantil, y no laboral. Por consiguiente, el que la E.T.T. se reserve la facultad de rescindir el contrato de trabajo en cualquier momento en que se ponga fin al de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la usuaria supone un abuso de derecho manifiesto por parte del empresario, tal y como se establece en el art. 49.1.b) ET. Es por ello que habría de considerarse abusiva aquella cláusula establecida frecuentemente en los convenios colectivos y que dispone que el contrato de trabajo

quedará resuelto cuando el cliente resuelva el contrato de puesta a disposición, cualquiera que sea la causa⁵⁵⁸.

En segundo lugar, puede darse el supuesto de que no se haya pactado un período de prueba entre la E.T.T. y el trabajador, pero sí que se haya pactado entre la empresa usuaria y la usuaria un período de aceptación del trabajador en el contrato de puesta a disposición. En este supuesto, considero que la resolución del contrato de puesta a disposición dentro del período de aceptación del trabajador que pueda concederse a la empresa usuaria no puede tener como consecuencia la extinción automática del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador. Y ello porque constituye requisito *ad solemnitatem* para la válida constitución del período de prueba laboral que éste se haya pactado expresamente por escrito, circunstancia que no se da en este caso concreto. Por tanto, el período de aceptación convenido entre ambas empresas desplegará, en su caso, los oportunos efectos entre ambas, pero entiendo que no podría desplegar, en ningún caso, efectos laborales en relación con el trabajador temporal. En estos casos, la empresa usuaria podría poner en conocimiento de la E.T.T. su disconformidad con el trabajador, pero dicha disconformidad no podría tener como efecto la rescisión automática del contrato de trabajo entre el trabajador y la E.T.T., pues en el contrato de trabajo no se ha pactado período de prueba alguno.

En el supuesto de que la empresa usuaria manifestara su disconformidad con el trabajador enviado en misión, surge un segundo problema en relación a si la E.T.T. estaría obligada a proporcionar otro trabajador que se adecuase al perfil solicitado por la empresa usuaria. Al existir también en esta materia un vacío legal, una posible solución consistiría en negociar este aspecto en el contrato de puesta a disposición, al constituir éste el

⁵⁵⁸ A modo de ejemplo, vid. los convenios colectivos de Adia Intergrup (B.O.E. 30-8-1994); Laborman (B.O.E. 2-2-1995); Administración y Gestión de Personal (B.O.P. Málaga, 6-2-1995); Alta Gestión (B.O.E. 10-2-1995); Fidelio Trabajo Temporal (B.O.P. Málaga 13-2-1995), Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O.E. 15-2-1995), ADIM Trabajo Temporal (B.O.C.Madrid, 21-2-1995); FASTER Ibérica (B.O.E. 10-3-1995); Grup Quatre Selecció (B.O.P. Barcelona 20-3-1995), Teamwork (B.O.E. 5-4-1995); Tempo Grup (D.OG. Cataluña 28-4-1995); Servicio y Organización del Secretariado (B.O.P. Madrid 1-5-1995); Gonzal Gestión (B.O.E. Madrid 1-5-1995).

instrumento más adecuado para la solución de estos conflictos, por ser ésta una cuestión que únicamente afecta a la relación mantenida entre la E.T.T. y la usuaria. Pero esta es una cuestión que afectaría únicamente a la relación civil o mercantil entre ambas empresas, sin que pueda implicar la rescisión del contrato entre la E.T.T. y el trabajador.

En tercer lugar, también se podría plantear el supuesto de que exista discordancia entre el período de prueba pactado, por un lado, entre el trabajador y E.T.T. en el contrato de trabajo y, por otro lado, entre el período de aceptación pactado entre la E.T.T. la empresa usuaria en el contrato de puesta a disposición. En este caso, la relación entre el trabajador y la E.T.T. debe ajustarse a lo estipulado en su concreto período de prueba, que es el que, como ya se ha visto, despliega los efectos laborales pertinentes entre ambos, y ello aunque éste no coincida con el período de aceptación de naturaleza mercantil que tiene la empresa usuaria para comprobar que el trabajador temporal se ajusta a las características requeridas. Así pues, habrá que diferenciar el período de prueba que ha de aplicarse entre la E.T.T. y el trabajador -que será el que hayan pactado ambos sujetos, de forma que el posible desistimiento de cualquiera de las partes deberá ajustarse al plazo acordado- del período de aceptación estipulado entre ambas empresas -que, a su vez, tendrá las consecuencias contractuales oportunas derivadas de la naturaleza mercantil del pacto-.

Por último, en el caso de que coincidan en el tiempo ambos períodos, también considero que será de aplicación el que se haya estipulado con el trabajador, mientras que el pactado entre las dos empresas desplegará los oportunos efectos contractuales derivados de su relación mercantil. Ahora bien, la identidad en la duración entre ambos facilitará las cosas a la E.T.T., puesto que la adecuación y acoplamiento en el tiempo de ambos períodos permitirá a ésta rescindir su contrato con el trabajador si la empresa usuaria decide prescindir del trabajador temporal, en función de la facultad de libre resolución del período de prueba que se asigna al empresario, a menos que esta resolución tuviese por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la

normativa legal, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador⁵⁵⁹.

Las conclusiones a las que se puede llegar del análisis de todos estos supuestos son principalmente dos. En primer lugar, que para que se pueda considerar válido el período de prueba entre la E.T.T. y el trabajador, éste deberá pactarse por escrito, puesto que dicha forma constituye un requisito *ad solemnitatem* para la validez del período de prueba. En segundo lugar, que para que el empresario de trabajo temporal o el trabajador puedan ejercitar la facultad de libre desistimiento, deberá haberse pactado previamente un período de prueba entre ambos sujetos, de tal forma que el período de aceptación del trabajador estipulado entre la E.T.T. y la usuaria sólo tiene efectos contractuales entre ambas partes, pero dichos efectos extintivos no son válidamente extrapolables al contrato de trabajo entre la empresa de trabajo y el trabajador -excepto en el caso de que la coincidencia de ambos períodos en el tiempo permita la resolución de ambos contratos, el estipulado entre la E.T.T. y la usuaria y el del período de prueba entre el trabajador y la E.T.T.-. No obstante, hay que recordar las consideraciones efectuadas en el apartado precedente en relación a la duración del período de prueba, de forma que éste deberá adaptarse a la concreta duración del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, pues de lo contrario quedaría desvirtuada la función del período de prueba cuya esencia puede encontrarse en el deber de experimentación de ambas partes contractuales y nos encontraríamos ante un período de prueba abusivo cuya única finalidad sería la libre resolución contractual en el momento en el que la empresa usuaria decidiera prescindir de los servicios del trabajador puesto a disposición.

4. El período de prueba del trabajador que ya ha estado contratado anteriormente en la empresa de trabajo temporal.

Otra de las cuestiones que se plantean en relación con el período de prueba en las E.T.T. consiste en dilucidar si es posible la realización de diferentes períodos de

⁵⁵⁹ Vid. las STC 94/1984, de 16 de octubre (BOE 31-10-84), STC 166/1988, de 26 de septiembre (BOE

prueba entre la E.T.T. y el trabajador en los casos en que se produzcan sucesivos contratos de puesta a disposición del mismo trabajador con diferentes empresas usuarias. Este problema cobra especial importancia en los supuestos en que el trabajador es contratado por tiempo indefinido y que -por la propia actividad de la E.T.T.- es cedido continuamente a diversas empresas usuarias, aunque también puede ocurrir con aquellos trabajadores que han sido contratados temporal y sucesivamente por la misma E.T.T..

El art. 14 ET establece la prohibición de realizar un nuevo período de prueba con un trabajador “*que haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación*”. La doctrina⁵⁶⁰ ha señalado que esta cláusula es de difícil aplicación a la relación del trabajador con la E.T.T., dado que las condiciones del puesto de trabajo en las diferentes empresas usuarias pueden ser totalmente diferentes. En apoyo de esta interpretación se señala que así se desprende del tenor literal del art. 14 ET, según el cual se prohíbe celebrar un nuevo período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa y no cuando hubiera estado vinculado previamente a ella. Ésta ha sido también la opción que han recogido los convenios colectivos de algunas E.T.T.⁵⁶¹. Según esta interpretación, estaría prevaleciendo el concepto de empresario como receptor de la prestación de servicios del trabajador, tal y como se ha configurado en el art. 1.1 ET, ya que el art. 14 ET se expresa en los términos “funciones”, por lo que lo determinante serán las funciones que integran la prestación de servicios llevada a cabo por el trabajador, independientemente de que ya haya estado contratado para la misma empresa -en este caso la E.T.T.-. Esta interpretación podría encontrar su apoyo en el deber de experimentación al que están obligados la empresa y el trabajador, ya que es más coherente con la finalidad del mismo que dicha experimentación tenga lugar entre

14-10-88) , y STC 198/1996, de 3 de diciembre (BOE 3-1-97).

⁵⁶⁰ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M^a. A., “El período de prueba”, op. cit., pág. 96.

⁵⁶¹ Vid. los convenios de ECCO, Trabajo Temporal (BOE 4-11-1994); People Justo a Tiempo (B.O.E. 5-1-1994); Grupo Europeo de Recursos Humanos (Madrid, 24-1-1995); Dalgo Grup 2000 (D.O.G. Valenciana 15-5-1995); People Málaga, (B.O.P. Málaga 16-3-1995); ELAN Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa 28-3-1995); Tempo Grup (D.OG. Cataluña 28-4-1995); Consultores de empleo (BOE

el trabajador y la empresa que realmente recibe la prestación de servicios -esto es, la empresa usuaria-. De aceptarse esta opción interpretativa, la conclusión que podría extraerse es que los únicos supuestos en que los que se prohibiría la realización de períodos de prueba sucesivos serían aquellos en los que el trabajador haya sido contratado para desempeñar las mismas funciones con la misma empresa usuaria; en estos casos, no cabría de ningún modo volver a establecer un período de prueba al trabajador que es sucesivamente puesto a disposición. En esta línea, algún convenio colectivo ha recogido esta prohibición⁵⁶².

No obstante, también podrían encontrarse argumentos en favor de la postura contraria, esto es, la imposibilidad de que el trabajador realice sucesivos períodos de prueba pactados con la misma E.T.T., si tenemos en cuenta que el verdadero empresario del trabajador puesto a disposición es la E.T.T.. Es con esta empresa, y no con la empresa usuaria, con la que el trabajador ha estipulado su contrato de trabajo y ha pactado, en su caso, el período de prueba al que ha de someterse. Hay que tener en cuenta que el art. 14.1 último párrafo E.T. señala que será nulo el período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones “*con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad contractual*”. Si tomamos como base el concepto de empresario desde la perspectiva contractualista -aquél con el que el trabajador ha llevado a cabo el contrato de trabajo, esto es, la E.T.T.- y a ello le unimos un concepto amplio de lo que hay que entender como modalidad contractual -incluyendo aquellas contrataciones efectuadas por las E.T.T. para poner al trabajador a disposición de las empresas usuarias- podría llegarse a la conclusión de que el art. 14.1 ET prohibiría la realización de más de un período de prueba en la misma E.T.T. cuando el trabajador ya

7-6-1995).

⁵⁶² Por ejemplo, el Convenio Colectivo de la empresa Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O.C. Madrid de 24-1-1995), cuyo art. 12 establece “que para los trabajadores que vayan a ser cedidos a una empresa usuaria se podrá establecer un período de prueba por cada contrato que se realice, *salvo que éste sea para destinar al trabajador a la realización de las mismas funciones con la misma usuaria, con la que ya haya prestado servicios, en cuyo caso no podrá reiterarse la fijación del período de prueba, una vez agotada la duración establecida en el apartado anterior*”.

En el art. 15 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997), se establece esta prohibición, si bien con la particularidad de que la contratación haya tenido lugar dentro de un período de 12 meses, imponiendo así una limitación temporal de dudosa legalidad.

haya realizado las mismas funciones anteriormente -aunque éstas se hayan llevado a cabo en diferentes empresas usuarias-. Y ello porque el trabajador ya habría demostrado sobradamente su aptitud en esos concretos puestos de trabajo, debiendo acarrear la E.T.T. con el riesgo de que el trabajador haya sido rechazado por determinada empresa usuaria. Así pues, aunque las funciones las haya desempeñado en diferentes empresas usuarias, lo relevante en estos casos es que el trabajador va a desempeñar generalmente las mismas funciones en cada una de ellas, por lo que el deber de experimentación debería considerarse correctamente cumplido por aquél⁵⁶³.

Sin embargo, los convenios colectivos de E.T.T. se han decantado por la primera de las opciones, esto es, por dar prevalencia al empresario que recibe la prestación de servicios del trabajador -la empresa usuaria-, de forma que estarían justificados los diversos períodos de prueba en cada una de dichas empresas. Así pues, diversos convenios colectivos de E.T.T. establecen que el trabajador puesto a disposición que haya prestado servicios con anterioridad al nuevo contrato en distinta empresa usuaria no quedará relevado de dicho período, incluso aunque el contenido del trabajo sea similar⁵⁶⁴. En mi opinión, en base a los argumentos expuestos anteriormente, esta opción sólo sería aceptable cuando el trabajador haya desempeñado funciones diferentes en las diversas empresas usuarias, pero no es demasiado lógica en los supuestos en los que el trabajador ya ha desempeñado las mismas funciones -a pesar de que lo haya hecho en diferentes empresas usuarias-, pues su capacidad ya ha sido probada anteriormente, todo ello bajo la perspectiva limitadora de los poderes empresariales que implica la concepción contractualista de los poderes del empresario.

⁵⁶³Según CASTRO ARGÜELLES, M^a.A., “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, Documentación Laboral, n^o 44, 1994, págs. 48-49, habría que adaptar el art. 14 E.T. a este tipo de relaciones “y entender por «las mismas funciones en la misma empresa», prestaciones de servicios equivalentes para empresas usuarias, sin que sea necesario que la empresa usuaria sea la misma”.

⁵⁶⁴Vid. ECCO, T.T., (BOE 4-11-1994), People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995); Dalgo Grup 2000 (D.O. Generalitat Valenciana de 15-5-1995); People Málaga (BOP Málaga de 16 de marzo de 1995), ELAN Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa de 28-3-1995); Consultores de Empleo (BOE de 7-6-1995).

5. Algunas reflexiones finales sobre la aplicación supletoria de las reglas del art. 14 ET.

Como ya se ha visto anteriormente, en ausencia de regulación en la L.E.T.T., la solución más coherente es recurrir a la normativa general, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la citada Ley, que establece que “*en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador, y entre éste y la empresa usuaria*”. Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que la mayoría de los convenios colectivos bien se remiten directamente al art. 14 ET, bien reproducen el contenido del mismo. La aplicación del art. 14 E.T. no sólo plantea los problemas analizados con anterioridad, sino que también se deben hacer las debidas matizaciones en relación a algunos problemas puntuales relativos a la forma, a la posibilidad del libre desistimiento durante el período de prueba y a la posibilidad de que se pacte entre el trabajador y la E.T.T. la interrupción de éste en base a las causas previstas en el art. 14.3 E.T..

Con respecto a la forma, hay que partir de la premisa que el período de prueba estipulado entre la E.T.T. y el trabajador debe estipularse por escrito, puesto que esta forma viene impuesta por el art. 14 E.T. como requisito constitutivo o *ad solemnitatem*. En este sentido, aunque el deber de experimentación se lleve a cabo en la empresa usuaria, la E.T.T. estará obligada a concertar el período de prueba en el momento en el que se celebra el contrato de trabajo, sin que, como consecuencia de el retraso de la E.T.T. en poner a disposición al trabajador en la empresa usuaria, sea admisible un sometimiento a la experimentación cuando ya han transcurrido varios días desde que se hubiese concertado el contrato de trabajo, siendo aquí trasladables por analogía aquellas consideraciones doctrinales que se manifiestan en contra de la posibilidad de que el

período de prueba se lleve a cabo con posterioridad a la iniciación de la prestación de servicios⁵⁶⁵.

Por otra parte, también en el ámbito de las E.T.T. hay que tener presente la doctrina que el Tribunal Constitucional ha elaborado en relación al desistimiento durante el período de prueba. Ya se ha señalado anteriormente que la doctrina se ha pronunciado a favor del libre desistimiento del período de prueba a instancia de cualquiera de las partes durante el transcurso de dicho período, en función de lo previsto en el art. 14.2 E.T.. Ahora bien, en este punto conviene señalar que el Tribunal Constitucional llevó a cabo una importante matización en relación a la figura objeto de análisis, en el sentido de que “la facultad de resolución de la relación laboral en el período de prueba está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental”⁵⁶⁶, y ello porque el hecho de que la resolución del período de prueba no pueda asimilarse a la figura del despido causal fundado en una serie de motivos tasados no implica que pueda llevarse a cabo por el empresario cuando la resolución del período de prueba tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se produzca vulnerando los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Por último, en la relación entablada entre el trabajador, la E.T.T. y la empresa usuaria pueden surgir problemas específicos en relación a la posibilidad de interrupción del período de prueba. El art.14.3 último inciso ET dispone que “las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo, siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”. Esta previsión ha sido también recogida en algunos convenios colectivos⁵⁶⁷. Lo que no se ha previsto es cómo paliar la situación en que se ve

⁵⁶⁵ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., “Resolución del vínculo laboral y período de prueba”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 6, 1981, pág. 248,

⁵⁶⁶ STC 94/1984, de 16 de octubre (BOE 31-10-84). En esta misma línea también se encuentran las STC 166/1988, de 26 de septiembre (BOE 14-10-88) y STC 198/1996, de 3 de diciembre (BOE 3-1-97).

⁵⁶⁷ A modo de ejemplo, vid. los convenios colectivos de Tempo Grup (D.O. Generalitat de Cataluña de 28-4-1995) y Bicolán (BOE de 24-5-1995).

inmersa la empresa usuaria cuando el trabajador cedido incurre en alguna de las mencionadas circunstancias. Lo lógico sería que en los convenios colectivos se previese sobre quién recaerá el riesgo cuando se produzcan estas causas de suspensión, si sobre la E.T.T. o sobre la usuaria. De cualquier forma, el trabajador no puede verse afectado por ello, pues la interrupción del cómputo del período de prueba prevista en el art. 14.3 ET impide llegar a esta conclusión. Una posible solución podría ser que la E.T.T. se comprometiese a cubrir la vacante dejada por el trabajador puesto a disposición con otro trabajador, celebrando un contrato de interinidad con otro trabajador para cubrir el puesto de trabajo del puesto a disposición inicial mientras se encuentra suspendida su relación laboral.

IV. EL SALARIO DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

1. El régimen jurídico salarial previsto en la L.E.T.T.: planteamiento del problema.

Según el art. 12 L.E.T.T., “corresponde a la E.T.T. el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria”, por lo que el pago del salario corresponde a la empresa que detenta la titularidad formal de empresario del trabajador cedido. Hay que distinguir un doble régimen jurídico, en función de si el trabajador es contratado por duración determinada o por tiempo indefinido.

En el supuesto de que el contrato tenga una duración determinada, el art. 11.a) L.E.T.T. establece que “el trabajador tendrá derecho a ser remunerado, según el puesto de trabajo a desarrollar, de conformidad con lo que se establezca en el convenio colectivo aplicable a las E.T.T. o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria”, de forma que, en los casos en los que haya sido previsto este punto en los convenios colectivos de la E.T.T. va a ser dicho convenio el que va a aplicarse. La L.E.T.T. está optando por el modelo de diferenciación salarial entre los trabajadores contratados por la E.T.T. y la usuaria, aunque no lo hace directamente, sino mediante el reenvío a la negociación colectiva⁵⁶⁸. Este particular tratamiento retributivo diferenciado entre los trabajadores puestos a disposición y los contratados directamente por la empresa usuaria no se da en la mayoría de países de nuestro entorno europeo⁵⁶⁹, donde se garantiza la igualdad salarial entre los trabajadores

⁵⁶⁸ Vid. BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 186.

⁵⁶⁹ Así, el Code du Travail francés, en sus art. L.124-4-2 y L122-3-3, establece que “les travailleurs temporaires ont droit à la même rémunération que les salariés de l’entreprise utilisatrice ayant une qualification équivalente et occupant le même poste de travail”.

puestos a disposición y los contratados directamente por la empresa usuaria⁵⁷⁰. Entre éstos merece especial atención el ordenamiento italiano, donde la reciente legalización de las E.T.T. por la Ley de 12 de marzo de 1997, establece expresamente la igualdad en materia retributiva con respecto a los trabajadores que son contratados directamente por la empresa usuaria⁵⁷¹.

2. La remuneración de los trabajadores puestos a disposición y el principio de trabajo de igual valor en el ordenamiento internacional y comunitario.

El Convenio 100 OIT⁵⁷² establece la obligación de “garantizar la aplicación a todos los trabajadores el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, consagrando así el principio de “salario igual por trabajo de igual valor” en el ordenamiento internacional, principio que tendrá su reflejo en la legislación nacional, negociación colectiva y cualquier otro sistema de fijación de los salarios reconocido por la legislación de cada estado, tal como se verá posteriormente. Posteriormente, el Convenio 117 OIT sobre Política Social, en su art. 14, fijó como objetivo la supresión de todas las discriminaciones entre los trabajadores fundadas en el sexo, en materia de condiciones de contratación y ascenso, condiciones de salario y tasa de salarios, “las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de igual salario por trabajo de igual valor en la misma operación y en la misma empresa”. De esta forma, se establece la necesidad de tomar las medidas necesarias para reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de las discriminaciones llevadas a cabo por los motivos precedentes. En esta línea, hay que destacar lo dispuesto en el Título VIII del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCEE), que contiene tres capítulos: el primero, relativo a las “Disposiciones Sociales”, el segundo al

⁵⁷⁰ Para PELISSIER, J., “La relation de travail atypique”, *Droit Social*, nº 7, 1985, pág. 537, el trabajo atípico -dentro del cual puede incluirse el que lleva a cabo la E.T.T.- no puede dar lugar a un derecho del trabajo atípico.

⁵⁷¹ Según el art. 4.2 de la ley italiana “al prestatore di lavoro temporaneo è corrisposto un trattamento non inferiore a quello cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell’impresa utilizzatrice”.

⁵⁷² Adoptado el 29 de junio de 1951, ratificado por España el 26 de octubre de 1967 y publicado en el BOE el 21 de marzo de 1984.

“Fondo Social Europeo” y el tercero a la “Educación, Formación Profesional y Juventud”. El art. 119 TCEE se enmarca dentro del capítulo de las “Disposiciones Sociales”, y se encuentra precedido del art. 117 TCEE, según el cual “los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso”.

El análisis del art. 119 TCEE resulta de gran interés para conocer la doctrina del TJCEE en relación al principio de igualdad retributiva para un mismo puesto de trabajo, aunque hay que matizar que este precepto está orientado a garantizar el principio de igualdad de retribución para un mismo puesto de trabajo entre los trabajadores masculinos y femeninos, por lo que resulta de interés una perspectiva conjunta del art. 119 y el 117 TCEE para analizar la problemática concreta de los trabajadores puestos a disposición. El art. 119 TCEE establece que “la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida.
- b) Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”. El primer problema que nos encontramos a la hora de aplicar este principio a los trabajadores puestos a disposición por E.T.T. estriba en que dicho precepto no está formulado con un carácter genérico, sino que está orientado a la igualdad retributiva sin discriminación por razón de sexo. Sin embargo, los pronunciamientos llevados a cabo por el TJCEE nos son de gran utilidad para conseguir sentar los criterios que deberían seguirse en relación a la igualdad retributiva entre los trabajadores puestos a disposición por las E.T.T. y los contratados directamente por las empresas usuarias.

En la sentencia de 8 de abril de 1976⁵⁷³ (asunto Defrenne II), el TJCEE alude a la finalidad económica del art. 119 TCEE, que se resumiría en evitar las desventajas en

la competitividad intracomunitaria respecto de los costes de la mano de obra⁵⁷⁴. Pero esta sentencia también destaca la finalidad social del mismo precepto, en el sentido de que el art. 119 TCEE “forma parte de los objetivos sociales de la Comunidad, que no es meramente la unión económica, sino que tiende al mismo tiempo, a través de una acción común, a asegurar el progreso social y procurar constantemente la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus ciudadanos, tal y como se indica en el preámbulo del TCEE”, finalidad social que se ha consolidado en sentencias posteriores del TJCEE. No obstante, nos encontramos con un obstáculo al intentar aplicar los criterios de no discriminación del derecho comunitario al ámbito de los trabajadores puestos a disposición, inconveniente que puede resumirse en la “parcialidad del concepto comunitario de discriminación”, ya que la normativa comunitaria únicamente prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo -además de la basada en la nacionalidad, principio esencial del derecho de libre circulación-, no haciendo referencia alguna a otras diversas causas de discriminación. La razón de esta parcialidad se debe a la finalidad puramente económica que el reconocimiento del principio de no discriminación por razón de sexo tuvo en su origen, que únicamente perseguía la corrección y transparencia en el funcionamiento del mercado común europeo, evitando el *dumping* social.

No obstante, tras la Sentencia Defrenne II de 8 de abril de 1976 se consolida plenamente la función social del principio de igualdad en materia retributiva, por lo que esa “parcialidad” en relación a la discriminación únicamente por razón de sexo ya no tendría, a mi juicio, razón de ser. De este modo, las consideraciones llevadas a cabo por esta sentencia en relación al doble objetivo del art. 119 TJCEE⁵⁷⁵ no serían exclusivas

⁵⁷³ Asunto 43/75, Defrenne II (Ref. Colex 76CE22).

⁵⁷⁴ DURÁN LÓPEZ, F., “La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976”, en AA.VV., “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles al profesor Manuel Alonso Olea”, MTSS, Madrid, 1990, pág. 401, destaca el efecto directo del art. 119, por lo que puede invocarse directamente por los particulares ante las jurisdicciones nacionales. Vid., asimismo, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma”, Relaciones Laborales, T.I, 1986, pág. 1137.

⁵⁷⁵ Señala la Sentencia de 8 de abril de 1976 que junto a la función económica, el principio de igualdad de retribuciones cumple una función social, que constituye el instrumento para cumplir “los objetivos

del principio de igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo, sino que dichos objetivos serían predicables con carácter general en relación al alcance del principio de igualdad retributiva independientemente de cuál fuese la causa de la discriminación, por lo que podrían aplicarse perfectamente a los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T.. El aseguramiento del progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos no es una finalidad únicamente orientada a evitar la discriminación retributiva por razón de sexo, sino que es perfectamente aplicable a todo tipo de discriminación, independientemente de la motivación que dé lugar a la misma. De ahí la importancia que posee la lectura conjunta de los arts. 117 y 119 TCEE, ya que el primero de ellos podría permitir la extensión a todo tipo de colectivos del principio de igualdad retributiva, al consagrar precisamente la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores -finalidad que además, tal como señala la sentencia citada-, aparece como objetivo en el Preámbulo del TCEE con la finalidad de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Asimismo, el TJCEE añade que la doble finalidad demuestra que el principio de igualdad de retribución “forma parte de los fundamentos de la Comunidad”, constituyendo así un principio básico del ordenamiento comunitario.

Así pues, actualmente ya no puede defenderse únicamente una finalidad meramente económica del principio de igualdad en materia retributiva, puesto que el correcto funcionamiento del mercado comunitario no provoca por sí mismo la mejora y progresión del nivel de vida de los trabajadores y trabajadoras enunciado en el art. 117 TCEE, por lo que se hace necesario aunar a este objetivo una finalidad social que tienda al acercamiento de las condiciones de trabajo en los países miembros de la Unión Europea que, al mismo tiempo que evite distorsiones en la competencia, cumpla el objetivo de política social recogido en el art. 117 TCEE⁵⁷⁶. Negando la posibilidad de

sociales de la Comunidad que no se limita a una mera unión económica, sino que debe asumir, por la acción común, el progreso social y perseguir la constante mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos (...). De esta doble finalidad económica y social resulta que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad”. (Fundamento Jurídico nº 12).

⁵⁷⁶ PÉREZ DEL RÍO, T., “La dimensión social del mercado único europeo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 47, 1991, pág. 387.

extender este principio de igualdad retributiva a los trabajadores puestos a disposición podría argumentarse que la L.E.T.T. no establece una discriminación salarial de forma directa, ya que la discriminación surge cuando el convenio colectivo de la E.T.T. fija para los trabajadores puestos a disposición retribuciones inferiores de las establecidas en el convenio de la empresa usuaria para los trabajadores contratados por ésta y que desempeñan un trabajo de igual valor. Sin embargo, en contra de esta observación habría que señalar el reconocimiento expreso del efecto directo del art. 119 TCEE, que es “obligatorio por naturaleza”, lo que implica que la prohibición de discriminación es aplicable no sólo respecto de los poderes públicos, sino que se extiende a los convenios colectivos y a los contratos individuales de trabajo⁵⁷⁷, tal como ha reconocido la jurisprudencia del TJCEE⁵⁷⁸.

El art. 119 TCEE contiene la definición del concepto de retribución con la finalidad de lograr una correcta aplicación del principio de igualdad, especificando que por retribución ha de entenderse “el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas directa o indirectamente”. Tomando como referencia este precepto, el TJCEE ha interpretado que el principio de igualdad de retribución debe comprender tanto el salario base como cada uno de los elementos que componen la retribución del trabajador, ya que de otra manera no podría garantizarse la plena efectividad del principio de igualdad de retribución (Sentencia TJCEE de 17 de mayo de 1990 (Caso Barber)⁵⁷⁹). Aunque la doctrina del TJCEE ha sido elaborada en relación al principio de igualdad de retribución desde la perspectiva de la no discriminación entre los trabajadores masculinos y femeninos, no es menos cierto que

⁵⁷⁷ QUINTANILLA NAVARRO, B., “Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 69.

⁵⁷⁸ El reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del principio de igualdad de retribuciones, sin depender de intermediaciones estatales, fue puesto de manifiesto en un primer momento por la Sentencia del TJCEE de 8 de abril de 1976 (Asunto 43/75, Defrenne II, Ref. Colex 76CE22), y reiterado en otras resoluciones del mismo Tribunal, como las sentencias de 29 de marzo de 1984 (Asunto 25/83, Razzouk, ref. Colex 84CE67), de 15 de mayo de 1986 (Asunto 222/84, Johnston, ref. Colex 86CE69) y de 24 de junio de 1986 (Asunto 150/85, Drake, ref. Colex 86CE87), entre otras muchas.

⁵⁷⁹ Asunto C-262/88, Barber (ref. Colex 90CE82). En este sentido, señala el TJCEE que “sólo se garantizará una verdadera transparencia, que permita un control eficaz, si se aplica el principio de igualdad de retribución a cada uno de los elementos de la retribución concedida, respectivamente, a los trabajadores masculinos y femeninos”.

este mismo criterio es perfectamente trasladable, a mi juicio, a los trabajadores puestos a disposición por E.T.T., ya que esta argumentación lo que está haciendo es orientar la aplicación del principio de igualdad a los criterios mismos de valoración del trabajo, criterios interpretativos y hermenéuticos que pueden servir -desde un punto de vista genérico- para eliminar los elementos discriminatorios entre dos colectivos de trabajadores que llevan a cabo trabajos de igual valor⁵⁸⁰.

Posteriormente, la Directiva del Consejo de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos (Directiva 75/117/CEE)⁵⁸¹, supone la recepción -en el ámbito comunitario- del principio de igualdad de retribución, suponiendo una ampliación del ámbito de aplicación con respecto al art. 119 TCEE. La consagración del principio de igualdad retributiva en la mencionada Directiva supone “para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo”. La importancia de esta Directiva radica en dos aspectos fundamentales: por una parte, se consolida la denominación del “principio de igualdad de retribución, y, por otra, se corrige dicho principio a través de la referencia no únicamente al mismo trabajo sino a los trabajos de igual valor⁵⁸², recuperándose así el alcance que a dicho principio se le había dado originariamente en el Convenio 110 OIT⁵⁸³.

En relación al tratamiento específico de la remuneración del trabajador puesto a disposición, las previsiones en este punto no han pasado de meras Propuestas de

⁵⁸⁰ Podrían trasladarse aquí las consideraciones efectuadas por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “La aplicación de la Directiva 75/117 en España”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 181, cuando destaca “el uso de la Directiva como norma internacional en materia de derechos humanos con virtualidad hermenéutica del texto constitucional”.

⁵⁸¹ DOCE serie L, n^o 45, de 19 de febrero de 1975.

⁵⁸² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma”, op. cit., pág. 1141.

⁵⁸³ COLINA ROBLEDÓ, M., “Normativa sobre los salarios en el ámbito de la Comunidad Europea”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, Madrid, ACARL, 1993, pág. 224.

Directiva. El art. 6 de la Propuesta de Directiva en materia de trabajo temporal de 7 de mayo de 1982⁵⁸⁴, establecía que “cuando la remuneración del trabajador temporal no se defina mediante el régimen de convenios a nivel de E.T.T. o de rama de trabajo temporal la remuneración recibida por el trabajador temporal debe ser equiparable a la de los trabajadores de la empresa usuaria que dispongan de una competencia y experiencia profesional comparable y lleven a cabo tareas equivalentes”. De este modo, la Propuesta de Directiva comunitaria únicamente preveía la equiparación retributiva entre los trabajadores puestos a disposición y los contratados directamente por la empresa usuaria de forma supletoria, y a falta de previsión en el convenio colectivo de la E.T.T.. Las posteriores tres Propuestas de Directiva sobre la aproximación de la legislación de los estados miembros en materia trabajo temporal de 29 de junio de 1990⁵⁸⁵ tampoco han acogido el principio de equiparación retributiva. Tan sólo la Propuesta de Directiva de 29 de junio de 1990, relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo, señala en su considerando tercero que “los trabajadores temporales no siempre disfrutan, en el seno de la empresa, de la igualdad de trato con respecto a los demás asalariados en lo que respecta a las condiciones de empleo y trabajo”, lo que no deja de ser simplemente una realidad que no ha tenido posteriormente una concreción normativa⁵⁸⁶. En consecuencia, puede afirmarse que la normativa española ha optado por una solución que en cierto modo ha sido propiciada por una falta de regulación comunitaria sobre la materia, si bien, como ya se ha visto anteriormente, otros países europeos no han seguido este ejemplo, estableciendo normas específicas que consagran el principio de equiparación retributiva entre los trabajadores puestos a disposición y los propios de la empresa usuaria.

A pesar de las deficiencias expuestas, existen, en mi opinión, argumentos suficientes para trasladar, a los trabajadores puestos a disposición, el principio de igualdad salarial para trabajos de igual valor que se ha ido consolidando en el ámbito de

⁵⁸⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C, n° 128, 19 de mayo de 1982.

⁵⁸⁵ COM (90) n° 228 final.

la discriminación salarial por razón de sexo tanto en la normativa como en la jurisprudencia comunitaria. A raíz de la promulgación de la Directiva 75/117/CEE, ya citada, el TJCEE ha ido elaborando una doctrina relativa al principio de igual remuneración para trabajos de valor, con la matización que dicha doctrina aparece referida, como ya se ha señalado, al aspecto concreto de la no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, el interés que suscita esta jurisprudencia radica en el hecho que el TJCEE ha tenido ocasión de analizar -junto al elemento de discriminación por razón de sexo- otros factores de discriminación no menos importantes, y que pueden tener su trascendencia en el ámbito del trabajo prestado por los trabajadores contratados por E.T.T.. Además, el hecho de que la doctrina del “trabajo de igual valor” implique que el valor de un trabajo concreto se determina por su contenido⁵⁸⁷, resulta potencialmente aplicable, como antes ya se adelantaba, no sólo en el ámbito de la discriminación retributiva por razón de sexo, sino que constituye un concepto trasladable al ámbito de los trabajadores puestos a disposición por E.T.T., como lo pone de manifiesto la actuación del TJCEE en las sentencias que se exponen a continuación.

Así, la protección de los trabajadores atípicos ha sido también objeto de atención por parte del TJCEE en numerosas sentencias, si bien, como ya se ha matizado, valorando este elemento desde la perspectiva de que precisamente han venido siendo las mujeres las que ostentaban esta cualidad de trabajadoras atípicas (es el caso de las trabajadoras a tiempo parcial)⁵⁸⁸. En este tema, puede apreciarse una evolución en la doctrina del TJCEE. Así, en la Sentencia de 31 de marzo de 1981⁵⁸⁹ (asunto Jenkins) el Tribunal mantuvo la postura de que la diferencia entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial no constituye una discriminación contraria al art. 119 TCEE, salvo que con ello se persiga, de una forma indirecta, la reducción del

⁵⁸⁶ BLANPAIN, R., “Temporary work and the law. The E.C. Directive and Proposals”, en AA.VV., “Temporary work and labour law of the European Community and Member States”, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, págs. 25 y ss.

⁵⁸⁷ Vid. al respecto SENDEN, L., “La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 143.

⁵⁸⁸ LANQUETIN, M.T., “La preuve de la discrimination: l’apport du droit communautaire”, Droit Social, nº 5, 1995, págs. 435-436.

salario de este último colectivo de trabajadores por estar constituido exclusivamente o mayoritariamente por mujeres. Posteriormente, el TJCEE cambia de orientación en la sentencia de 13 de mayo de 1986⁵⁹⁰ (asunto Bilka-Kauf-Haus) y en la de 27 de junio de 1990 (asunto Kowalska)⁵⁹¹, admitiendo la existencia de discriminación cuando la medida afecta a un número más elevado de mujeres que de hombres, salvo que el empresario demuestre que dicho tratamiento diferenciado responde a criterios objetivos -sin relación alguna con supuestos elementos de discriminación por razón de sexo⁵⁹²-. Esta postura se mantiene en la sentencia de 4 de junio de 1992⁵⁹³ (asunto Bötzel), en la que el TJCEE entendió que existía discriminación en materia retributiva en relación a los representantes de los trabajadores de una empresa cuya vinculación a la misma venía dada a través de contratos a tiempo parcial, a los cuales únicamente se les retribuía parte del tiempo dedicado a la formación para el desempeño de sus funciones representativas -a pesar de que dichos trabajadores realizaban a jornada completa los mencionados cursos de formación-, a diferencia de los representantes de los trabajadores a tiempo completo, los cuales percibían la retribución íntegra durante la asistencia a los cursos de formación.

Así pues, puede apreciarse una labor del TJCEE orientada precisamente hacia la consecución del principio de igualdad que, si bien parte de la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, avanza hacia la consecución de dicho objetivo, de la misma forma que puede apreciarse un avance normativo paralelo de la normativa comunitaria hacia la verdadera instauración del principio de igualdad⁵⁹⁴. Podría hablarse de una labor de ampliación paulatina del ámbito subjetivo de la discriminación, de tal

⁵⁸⁹ Asunto 96/80, Jenkins (ref. Colex 81CE40).

⁵⁹⁰ Asunto 170/84, Bilka-Kauf-Haus (ref. Colex 86CE68).

⁵⁹¹ Asunto C-33/89, Kowalska (ref. Colex 90CE107).

⁵⁹² Por eso destaca RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva” en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 103, que, en materia de discriminación indirecta, “el TJCEE ha establecido un test de razonabilidad que implica examinar, primero, el impacto perjudicial sobre las mujeres del criterio neutro, para, luego, si es así, comprobar si el criterio se justifica objetivamente y se respeta el principio de proporcionalidad”.

⁵⁹³ Asunto C-360/90, Bötzel (ref. Colex 92CE105).

forma que se pretende prohibir, con carácter general, toda situación de diferencia normativa que conduzca a “situaciones de marginación o segregación de grupos sociales más o menos minoritarios en el mercado de trabajo”⁵⁹⁵. En este sentido, puede verse también una evolución en cuanto a la política de igualdad retributiva en el Protocolo Decimocuarto, relativo a la Política Social, que complementa el Tratado de la Unión Europea⁵⁹⁶, concretamente en el art. 6⁵⁹⁷. El principio de igualdad retributiva constituye un objetivo clave para el Tratado, como lo demuestra la autorización a los Estados miembros firmantes del Protocolo para que recurran a las instituciones, procedimiento y mecanismos del Tratado para adoptar entre ellos y aplicar, en la medida que les afecten, los actos y necesarios para poner en práctica la aplicación de lo previsto en el Protocolo⁵⁹⁸. Asimismo, esta evolución posee un ejemplo reciente en la aprobación de la Directiva 97/80/CEE⁵⁹⁹, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, cuyo Considerando nº 2 señala “que la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de la lucha contra la discriminación *en todas sus formas*, especialmente las que se basan en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias”.

3. El tratamiento de la retribución del trabajador puesto a disposición desde un punto de vista constitucional.

La desigualdad que provoca el sistema de retribución de los trabajadores puestos a disposición, ha suscitado importantes dudas sobre la constitucionalidad del

⁵⁹⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 28-32.

⁵⁹⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 42.

⁵⁹⁶ (BOE 13-1-1994).

⁵⁹⁷ Art. 6.

1. “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo”.

⁵⁹⁸ No es necesario, pues, contar con la unanimidad, excluyendo así al Reino Unido en la deliberación y adopción de este tipo de actos. Vid. QUINTANILLA NAVARRO, B., “El principio de igualdad de retribución”, op. cit., pág. 123 a 127.

⁵⁹⁹ D.O.C.E serie L, nº 14, de 20 de enero de 1998.

establecimiento de retribuciones salariales diferentes para unos y otros trabajadores⁶⁰⁰. Por ello, se trataría de analizar a continuación el tratamiento salarial diferenciado con respecto a los trabajadores temporales puestos a disposición desde una perspectiva constitucional, concretamente bajo la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 C.E. en relación al principio de autonomía colectiva. Así, debe partirse del contenido y límites que el principio de igualdad impone sobre la negociación colectiva, y en relación a ello, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el Convenio Colectivo es una norma “sectorial”, y por ello la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva, de lo que puede desprenderse que el Tribunal Constitucional de alguna forma justificaría determinadas diferencias de tratamiento en base al sector de actividad en el que se enmarca el correspondiente convenio colectivo, resultando paradigmáticas en este punto la STC 177/1988, de 10 de octubre⁶⁰¹ y la STC 108/1989, de 8 de junio⁶⁰², señalando esta última que el principio de igualdad y no discriminación no puede tener respecto a la negociación colectiva el mismo alcance que en otros contextos, ya que “el respeto a la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público pero no a los sujetos, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 C.E.”. Ahora bien, como también señala la STC 177/1988, cualquier desigualdad no está automáticamente justificada por el hecho de encontrarse establecida en convenio colectivo, sino que para que ésta pueda considerarse justificada es necesario que “se adecue a las exigencias del art. 14”, ya que “el Convenio Colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el

⁶⁰⁰ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 93, y BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal”, op. cit., págs. 187 y 188.

⁶⁰¹ En esta sentencia señala el Tribunal Constitucional que “el principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación global y genérica del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo”.

⁶⁰² (BOE 4-7-89).

cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación”.

En base a lo anteriormente expuesto, cualquier tratamiento diferenciado no puede quedar, sin más, amparado bajo el principio de autonomía colectiva⁶⁰³, sino que el problema estriba en delimitar si esta diferenciación entre los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T. y aquellos contratados directamente por la empresa usuaria constituiría un tipo de conducta discriminatoria prohibida por el art. 14 C.E. Para ello, es necesario distinguir entre el principio general de igualdad y el principio específico de prohibición de discriminación, ambos contenidos en el citado art. 14 C.E. Con respecto al reconocimiento constitucional del principio de igualdad, éste prohíbe los tratamientos desiguales, carentes de justificación, y vincula a todos los poderes públicos, tanto los que aplican la norma como al propio legislador. De forma que es posible distinguir una vertiente del principio de igualdad que opera en la ley, en el contenido mismo de la ley, de otra que opera ante la ley, en su aplicación práctica. Tal como ha manifestado la doctrina⁶⁰⁴, resulta difícil caracterizar el principio de igualdad con rasgos delimitados, ya que, por la misma naturaleza de la idea de igualdad, ésta requiere comparación, es decir, supuestos de hecho concretos entre los que sea posible la comparación y, en consecuencia, la deducción sobre si la desigualdad realmente existe. Así pues, la igualdad no tiene un contenido propio y específico, sino que es necesaria constatar la razonabilidad de las diferencias establecidas por el legislador o por los órganos de aplicación de las normas. El art. 14 C.E. garantiza la igualdad de trato impidiendo que el legislador -en este caso estamos ante la igualdad en la ley- realice tratamientos

⁶⁰³ Sobre esta cuestión ya se había pronunciado la doctrina en relación a los complementos salariales por antigüedad. CAMPS RUIZ, L.M., “Complementos salariales de carácter personal”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993, pág. 445 “no se alcanza a ver (...) una razón sólida que justifique la exclusión de los trabajadores temporales. Desde luego, no lo sería la que pretendiera apoyarse en los llamados pluses de eventualidad, toda vez que los mismos no se configuran, por lo general, como una adecuada compensación a la ausencia de los derechos derivados de la antigüedad”. También OJEDA AVILÉS, A., “Los trabajadores temporales, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1973, págs. 185-186.

⁶⁰⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991”, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 168 y ss. En el ordenamiento francés también se exige una justificación de las diferencias por parte del empleador. Vid. LYON CAEN, A., “De l'égalité de traitement en matière

diferenciados a través del supuesto de hecho de una misma norma, prohibiendo la desigualdad de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable⁶⁰⁵.

Por otra parte, la prohibición de discriminación tiene su reflejo en el segundo inciso del art. 14 C.E. Esta prohibición parte de la constatación de la existencia de grupos o colectivos sobre los que se proyecta la discriminación⁶⁰⁶, ciudadanos que poseen una posición secundaria respecto de aquellos que gozan de posiciones de ventaja, pese al reconocimiento formal de la condición de iguales de todos ellos⁶⁰⁷. El principio de no discriminación viene entendido como un desequilibrio peyorativo en el tratamiento que reciben los colectivos marginados por algunas de las circunstancias mencionadas en el segundo inciso del art. 14 C.E., por lo que la comparación, ineludible en el juicio de igualdad, tiene aquí escasa trascendencia, ya que lo que importa es el resultado en perjuicio a una persona o grupos de personas en función de la naturaleza causal del origen del perjuicio. La cualificación por el resultado -en función de una posición social de desventaja- es lo que tipifica la discriminación, ya se produzca de forma directa o de forma indirecta (en la que el resultado se produce por la proyección de medidas con apariencia y significado neutrales, por estar alejados de los criterios prohibidos, pero con efectos perjudiciales sobre los colectivos marginados)⁶⁰⁸. Una de las diferencias que señala la doctrina entre el principio de igualdad y la prohibición específica de no discriminación es el distinto ámbito en que actúan éstos. Así, se ha señalado que el principio de igualdad de trato constituye un límite referido únicamente a

salariale”, *Droit Social*, nº 12, 1996, pág. 1014.

⁶⁰⁵ Vid., a modo de ejemplo, la STC 63/1994, de 28 de febrero (BOE 24-3-94). La doctrina italiana ha señalado que el principio de igualdad de trato se ha ido configurando a través de la jurisprudencia, que se ha manifestado a favor de la necesidad de “una valida giustificazione del trattamento privilegiato”. Un ejemplo puede verse en la Sentencia del Tribunale di Milano, de 22-1-1994, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 1995, págs. 322. Vid. BOLEGO, G., “Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 1995, pág. 318.

⁶⁰⁶ Señala SCARPONI, S., “Le nozioni di discriminazione”, AA.VV., “Il Diritto diseguale. La legge sulle azioni positive”, Giappichelli, Torino, 1992, pág. 45, que la discriminación se manifiesta a través de los efectos lesivos por la pertenencia a un grupo o género contemplado en el ordenamiento, siendo ilícitas las diferenciaciones que tienen un efecto desfavorable en el impacto social.

⁶⁰⁷ LYON-CAEN, A., “L'égalité et la loi en droit du travail”, op. cit., pág. 74, señala que las reglas de no discriminación constituyen la garantía del ejercicio de un derecho y el medio de protección de un grupo o de una categoría frágil o expuesto a las exclusiones.

⁶⁰⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991”, op.

la actuación de los poderes públicos, mientras que la prohibición de discriminación no se limita únicamente al ámbito de lo público, sino que también abarca a las relaciones privadas, donde los fenómenos discriminatorios actúan más intensamente, por lo que la tutela antidiscriminatoria no se reduce únicamente a la discriminación legal, sino que incluye las fórmulas de discriminación entre privados. De ahí que el Estado estaría discriminando si tolerara pasivamente la existencia de discriminaciones aunque las mismas no fuesen toleradas por él⁶⁰⁹.

En este punto, voy a proceder al análisis de si el art. 11 a) L.E.T.T. incurriría en la prohibición de discriminación del segundo inciso del art. 14 C.E. Si partimos, pues, de la diferenciación entre el principio genérico de igualdad y el principio específico de prohibición de discriminación, que tiene como objeto la tutela de aquellos grupos objeto de diferencias de trato desfavorables, el paso siguiente consistiría en analizar si los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T. a través de un contrato de duración determinada constituyen un colectivo en sí mismo discriminado por alguna de las razones contempladas en el segundo inciso del art. 14 C.E. y, en consecuencia, si dicho colectivo estaría siendo objeto -por parte de la L.E.T.T.- de la discriminación prohibida por el citado precepto constitucional.

El principal obstáculo con el que nos encontramos a la hora de encuadrar como conducta discriminatoria la diferencia salarial entre los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T. y los contratados directamente por la empresa usuaria estriba en que, si partimos de la distinción entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, también hay que asumir -tal como mantienen tanto la doctrina que ha analizado este tema⁶¹⁰ como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶¹¹- que el segundo inciso del art. 14 C.E. constituye una cláusula de cierre. Así pues, únicamente

cit., págs. 171 y 172.

⁶⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., "Igualdad y discriminación", Tecnos, Madrid, 1986, pág. 159.

⁶¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., "Igualdad y discriminación", op. cit., pág. 239.

⁶¹¹ Vid., a modo de ejemplo, las STC 34/1984, de 9 de marzo (BOE 3-4-84) y la STC 52/1987, de 7 de

constituirán causas discriminatorias, en base al art. 14 C.E., aquellas “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En este sentido, es paradigmática la STC 34/1984, de 9 de marzo⁶¹², según la cual “en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad”. Se sostiene en esta sentencia que, para afirmar que una situación de desigualdad tiene relevancia jurídica ha de demostrarse que existe un principio jurídico del que se deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados, y que ese criterio igualitario puede ser sancionado directamente por la Constitución, citándose como ejemplo las interdicciones concretas que señala el art. 14 C.E., por lo que la legislación laboral -en desarrollo del art. 14 C.E.- ha establecido en el art. 17 E.T. la prohibición de discriminación por una serie de factores que cita, pero “no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto” (F.J. 2º).

Ahora bien, podría decirse en contra de esta opción interpretativa que entiende como cláusula cerrada el art. 14 C.E. que este precepto, en su último inciso, parece dejar abiertas las causas de la discriminación, al hacer referencia a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Sin embargo, en contra de esta interpretación se ha señalado que “bajo ningún concepto es admisible que las palabras “condición” “situación” o “status” puedan ser utilizadas para hacer referencia exclusiva a actos puntuales de diferenciación desfavorable, cuando estos actos no repercuten globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad, ya que fuera de estos casos podrá haber desigualdad de trato, e incluso podrá estar prohibida, pero no se trata de discriminación”⁶¹³. Bajo esta óptica, resulta ciertamente difícil calificar como discriminatoria la diferencia de trato en el ámbito salarial entre los trabajadores cedidos y los contratados directamente por la empresa usuaria, ya que la existencia de la

mayo (BOE 5-6-87).

⁶¹² (BOE 3-4-84).

⁶¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., “Igualdad y discriminación”, op. cit, pág. 239.

cláusula de cierre de las causas discriminatorias contenidas en el segundo inciso del art. 14 C.E -entre las cuales no se encuentra la causa de temporalidad que da lugar a la diferenciación salarial- impediría llegar a dicha conclusión.

En desarrollo del principio de no discriminación del art. 14 C.E., el art. 17 del E.T. establece el principio de no discriminación salarial, que declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas, entre otras condiciones de trabajo, en materia de *retribuciones* por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores dentro de la empresa y lengua dentro del Estado español. De la conexión del art. 14 C.E. y el art. 17 E.T., y siguiendo la línea argumental expuesta anteriormente, se llega también a la conclusión del carácter tasado también de las causas discriminatorias contenidas en los preceptos mencionados. En este sentido, se ha señalado por la doctrina⁶¹⁴ que no toda diferenciación salarial constituirá discriminación en base al art. 17 E.T., sino que tan sólo se prohíbe la diferenciación salarial entre los trabajadores en atención a una serie muy concreta de razones -las que enumera el art. 17 E.T.-, por lo que toda diferencia que no se deba a éstas no entraña infracción del principio de igualdad y no discriminación, y en concreto, cuando las desigualdades salariales arrancan de un diferente régimen jurídico regulador aplicable a los trabajadores afectados y a aquellos con los que se comparan, aparecen en principio como plenamente justificadas (tal como se ha señalado por el Tribunal Constitucional en supuestos de diferencias salariales entre personal laboral y funcionario⁶¹⁵). Sin embargo, en contra de esta argumentación, hay que tener en cuenta que el mismo

⁶¹⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; ALFONSO MELLADO, C. “El Salario”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 58.

⁶¹⁵ STC 90/1984, de 5 de octubre (BOE 31-10-84), en el que el Tribunal Constitucional declara que, con respecto al quebrantamiento del principio de igualdad del art. 14 C.E. no puede construirse “un derecho constitucional del Ayuntamiento a tratar a sus funcionarios en forma igual a como los empresarios tratan a

Tribunal Constitucional, en la Sentencia 161/1991, de 18 de julio⁶¹⁶, modificó los criterios expuestos anteriormente, señalando que, mientras en la STC 34/1984 -antes citada- el problema se planteaba en el ámbito de las relaciones entre particulares, en el presente caso no es así, ya que el empresario es la Administración Pública, “que en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.) y con una interdicción expresa de arbitrariedad”, de forma que “la Administración está sujeta al principio de igualdad ante la ley, que constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales” (F.J. 1º).

Constatada la dificultad de encuadrar la diferencia de tratamiento de los trabajadores contratados temporalmente por la E.T.T. dentro de la órbita del principio de no discriminación, voy a pasar al análisis de dicha diferenciación bajo la perspectiva del principio general de igualdad contenido en el primer inciso del art. 14 C.E. Ahora bien, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la misma naturaleza del principio de igualdad requiere la comparación, esto es, exige supuestos de hecho concretos entre los que sea factible comparar y deducir si la desigualdad existe realmente y, si existe, si es o no legítima desde el plano constitucional. En relación a la técnica que ha de emplearse para comparar los supuestos de hecho, la postura más habitual del Tribunal Constitucional, es guardar silencio sobre el método a utilizar. No obstante existe alguna resolución que se ha ocupado del tema, precisando que el cotejo de supuestos de hecho y la eventual desigualdad entre los mismos ha de deducirse “de

sus trabajadores”. Vid., asimismo, la STC 99/1984, de 5 de noviembre, (BOE 28-11-84), la STC 107/1984, de 23 de noviembre, (BOE 21-12-84) y la STC 29/1987, de 6 de marzo, (BOE 24-3-87).

⁶¹⁶ La diferencia retributiva se vinculaba, por parte del Instituto Catalán de la Salud, a la percepción de mayor retribución para los trabajadores que prestaban sus servicios en un “centro piloto”, mientras que los recurrentes en amparo prestaban sus servicios en un centro que no ostentaba tal calificación, a pesar de la identidad de funciones con respecto a los primeros. La sentencia concluye que los médicos recurrentes en amparo tienen derecho a alcanzar del Instituto Catalán de la Salud un trato retributivo idéntico al aplicado a los médicos que están en condiciones iguales a las suyas.

una forma clara, precisa y directa de la ley sin un hipotético juicio de las consecuencias a que conduciría su aplicación” (STC 108/1984, de 26 de noviembre⁶¹⁷, F.J. 5º).

Ahora bien, aunque fuese factible la comparación de supuestos de hecho, cuestión que se verá más adelante, surgiría un segundo problema relativo a la justificación de la razonabilidad de la desigualdad llevada a cabo por el legislador. Tal como se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁶¹⁸, puede proclamarse más allá de toda duda que existe una casi total libertad del legislador para configurar el tratamiento a dar a situaciones sociales diferentes y -dejando al margen las causas prohibidas de discriminación- para elegir el factor con base en el cual considerar que esas situaciones son, efectivamente, diferentes entre sí, de forma que se ha relajado hasta hacer mínima su eficacia el juicio de razonabilidad y se ha dejado completamente inocuos los de racionalidad y proporcionalidad. Así, el Tribunal Constitucional entiende que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino sólo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STC 22/1981, de 2 de julio, F.J. 3º⁶¹⁹).

Tras estas consideraciones generales acerca de la aplicación del principio de igualdad, el primer paso para dilucidar si la diferenciación en el tratamiento salarial de los trabajadores temporales puestos a disposición es contrario a dicho principio estribaría en encontrar un supuesto de hecho que sirva para poder establecer la comparación necesaria en el juicio de igualdad, ya que para efectuar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible vulneración de este derecho hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación (STC 14/1985, de 1 de febrero⁶²⁰ y 52/1987, de 7 de mayo⁶²¹,

⁶¹⁷ (BOE 21-12-84).

⁶¹⁸FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991”, op. cit., págs. 182.

⁶¹⁹ (BOE 20-7-81).

⁶²⁰ (BOE 5-3-85).

entre otras). En este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional que más se aproxima al supuesto estudiado es aquella que considera contrarias al principio de igualdad las diferencias salariales basadas en la duración del contrato de trabajo, ya que dicha duración no constituye un elemento con relevancia suficiente para justificar la diferenciación salarial entre trabajadores fijos y temporales. En este sentido, en la sentencia 177/1993, de 31 de mayo⁶²², el Tribunal Constitucional -siguiendo la doctrina ya sentada en las sentencias 136/1987, de 22 de julio⁶²³ y 52/1987, de 7 de mayo- negó la posibilidad de establecer diferencias entre los trabajadores fijos, por un lado, y los eventuales y fijos discontinuos por otro⁶²⁴.

En la sentencia citada se dilucidaba si era contrario al art. 14 C.E. el establecimiento del importe de las gratificaciones extraordinarias de julio y diciembre en veintiún días de salario base más antigüedad para el personal fijo discontinuo y eventual, a percibir prorrateadas diariamente, y de treinta días de salario base más antigüedad para el personal fijo de plantilla, a percibir íntegras a su vencimiento. El Tribunal Constitucional estimó dicha vulneración, alegando que “la modalidad de adscripción no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento retributivo de estos dos grupos de trabajadores, ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad. Se hace así de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por la eventualidad del empleo, intensificando su situación menesterosa, con lo que en definitiva se enmascara una infravaloración de su trabajo. (...) La simple condición

⁶²¹ (BOE 5-6-87).

⁶²² (BOE 5-7-93).

⁶²³ (BOE 11-8-87).

⁶²⁴ Para GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 424, la STC 52/1987, de 7 de mayo (BOE 5-6-87) no excluye que exista la posibilidad de distinguir entre diferentes grupos de trabajadores en el ámbito de un mismo convenio colectivo, afirmando que la igualdad no puede llevar a un rígido trato igualitario que constriña el derecho a la negociación colectiva. De ahí que el Tribunal Constitucional “no aclara en qué consiste esa matización en la aplicación del principio de igualdad”, por lo cual “más que pretender proceder a aplicar el principio de igualdad, el TC se repliega a una posición más restrictiva que se traduce en una dimensión negativa, más limitada, consistente en la mera interdicción de la arbitrariedad”.

eventual no conlleva una diferente tarea ni esa diferencia material impide en su caso la equivalencia de valor o de importancia de unas y otras. en resumidas cuentas, no se ve en este caso más factor diferencias que el meramente temporal, la duración, insuficiente como fundamento de la menor retribución en la forma de paga extraordinaria.

La desigualdad se convierte así en discriminación, su cara peyorativa, por no ofrecer más soporte visible que una minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo segregado y peor tratado, notoriamente débil y desprotegido en el momento de la contratación, ya que carecen de poder negociador por sí solos (STC 136/1987), y en situación desfavorable a priori respecto del personal de plantilla” (F. J. 3º). En definitiva, según el Tribunal Constitucional, la temporalidad de un contrato de trabajo no puede tener la consideración de justificación objetiva y razonable para que a trabajo igual valor no se perciba un salario igual, motivo por el cual la anulación de las cláusulas del convenio que conlleven una discriminación salarial de los trabajadores no sería contraria a la facultad de los negociadores de un convenio colectivo de fijar su ámbito de aplicación.

El supuesto de hecho que ha sido expuesto anteriormente es, en mi opinión, el que contiene más semejanzas con el supuesto objeto de análisis. Sin embargo, no se da una total identidad entre ambos. En primer lugar porque de las sentencias comentadas se pone de manifiesto que la situación de desigualdad se produce entre los trabajadores temporales y los trabajadores fijos, prestando todos ellos sus servicios para la empresa que ha suscrito el convenio colectivo y que contiene condiciones salariales menos favorables para los trabajadores temporales. Por el contrario, en el art. 11.a) L.E.T.T. la posible desigualdad se suscita entre los trabajadores que son puestos a disposición por la E.T.T. a través de un contrato realizado por tiempo determinado y aquellos que han sido contratados directamente por la empresa usuaria (hayan sido estos últimos contratados a través de un contrato por tiempo indefinido o bien a través de un contrato de duración determinada). En segundo lugar, en la STC 136/1987, las supuestas desigualdades entre los trabajadores fijos y temporales se suscitan en un mismo instrumento de negociación,

es decir, el convenio colectivo aplicable en la empresa donde prestan sus servicios todos estos trabajadores, mientras que la posible desigualdad que puede surgir en base al art. 11.a) L.E.T.T. deriva de la existencia de dos convenios colectivos que establecen condiciones salariales diferenciadas para los trabajadores, esto es, el convenio aplicable a los trabajadores que prestan sus servicios en la E.T.T. y el convenio aplicable a los que son contratados de forma directa por la empresa usuaria.

Se han expuesto, pues, las dificultades que surgen a la hora de poder encuadrar, como precepto vulnerador del art. 14 C.E., el art. 11.1 a) L.E.T.T., tanto en relación a la vertiente del principio de igualdad como al de no discriminación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la cláusula general de igualdad ha de entenderse, en su esencia, como un principio que prohíbe los tratamientos desiguales, carentes de justificación, y que lo hace además vinculando la acción de los poderes públicos, tanto los que aplican la norma como también al propio legislador, de forma que el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados (STC 76/1990, de 26 de abril⁶²⁵). De ahí que se planteen dudas sobre la constitucionalidad del tratamiento otorgado por la L.E.T.T. a los trabajadores cedidos a la empresa usuaria a través de un contrato de duración determinada⁶²⁶, pues no son fáciles de aportar, en mi opinión, los criterios de razonabilidad que puedan llevar al legislador a establecer dicho tratamiento diferenciado entre los trabajadores cedidos por una E.T.T. a través de un contrato de duración determinada y aquellos que hayan sido contratados directamente por la empresa usuaria.

⁶²⁵ (BOE 30-5-90). Esta sentencia resume una doctrina jurisprudencial iniciada por el Tribunal Constitucional con la sentencia 34/1981, de 10 de noviembre (BOE 19-11-81), según la cual el art. 14 C.E. “no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que no vulnere otros preceptos constitucionales y que no vaya contra la esencia del principio de igualdad”.

⁶²⁶ Sentencia de 23-1-1997 del Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, (original mecanografiado) y Sentencia de 3-4-1997 del Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona (original mecanografiado).

En este caso concreto, la desigualdad debería jugar, en mi opinión, a favor del trabajador cedido por la E.T.T., ya que las características diferenciales inherentes a este colectivo con respecto al contratado directamente por la empresa usuaria estriban fundamentalmente en el hecho de que nos encontramos ante trabajadores sujetos a gran precariedad, máxime si se tiene en cuenta que precisamente es únicamente con respecto a los trabajadores contratados por la E.T.T. a través de un contrato de duración determinada a los que serían aplicables las previsiones retributivas contenidas en el convenio aplicable a dicha empresa, sin que ello esté previsto para los trabajadores contratados por la E.T.T. a través de un contrato por tiempo indefinido, a los cuales les será de aplicación la normativa de carácter general (art. 11.2 L.E.T.T.). Así pues, la existencia de este tratamiento diferenciado propicia, al menos, elementos para una posible intervención del Tribunal Constitucional que entrase en el análisis del juicio de razonabilidad en este punto, de forma que dicho Tribunal entre a conocer del mismo⁶²⁷. Esto supondría lo que la doctrina⁶²⁸ ha llamado control *a posteriori*, tras la adopción de la norma -como es el caso del art. 11.1.b) L.E.T.T.- y a través de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales -art. 14 C.E.-, ya que el control *a priori* no se ha llevado a cabo por el legislador, como lo pone de manifiesto las posibles desigualdades que pueden surgir como consecuencia de la aplicación de la ley.

4. El tratamiento de la retribución del trabajador puesto a disposición en la negociación colectiva.

De la regulación del art. 11.1.a) L.E.T.T. se desprende que la igualdad salarial únicamente se va a poder aplicar con carácter supletorio, a falta de convenio colectivo de la E.T.T. que regule el aspecto remuneratorio, o bien cuando exista una mención expresa en el convenio aplicable a la E.T.T. en relación a la equiparación salarial entre los trabajadores puestos a disposición y los trabajadores contratados directamente por la

⁶²⁷ Tal como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991”, op. cit., “alguna resolución del T.C., relativamente antigua, ya se ocupó de ello, mencionando en todo caso cómo la libertad de configuración del legislador queda limitada, también y en todo caso, por la cláusula general de igualdad”.

empresa usuaria. En el I Convenio Colectivo estatal de E.T.T., el establecimiento en el art. 23 de una tabla salarial para los trabajadores puestos a disposición eliminaba esta posibilidad de equiparación. Actualmente, el art. 30 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. establece la progresiva equiparación salarial entre los trabajadores contratados por la empresa de trabajo temporal y los directamente contratados por la empresa usuaria, de manera que el 31 de diciembre de 1999 se logre la equiparación definitiva en relación al convenio sectorial de encuadramiento de la empresa usuaria⁶²⁹. A pesar del reconocimiento progresivo de la igualdad salarial de los trabajadores puestos a disposición en el II Convenio Colectivo estatal de E.T.T., el instrumento convencional no resulta, a mi juicio, el mecanismo más adecuado para la garantía de este derecho, por lo que hubiera sido deseable su reconocimiento explícito a través de la norma legal, de la misma forma que lo han venido estableciendo los países de nuestro entorno europeo, tal como se ha señalado anteriormente⁶³⁰. Uno de los problemas que surgen de la regulación de esta materia a través del convenio colectivo es que precisamente la vigencia del convenio finaliza precisamente en el mismo momento en el que se contempla la equiparación salarial de los trabajadores puestos a disposición -el 31 de diciembre de 1997-, por lo que, a menos que entren en funcionamiento los mecanismos de prórroga del convenio colectivo previstos en el art. 86.2 E.T., llegada esta fecha cabe

⁶²⁸ PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, op. cit., págs. 49 y ss.

⁶²⁹ El art. 30 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. (B.O.E. 3-3-1997) establecía, para el año 1997, un proceso de sistematización e informatización de los datos retributivos de los diferentes convenios sectoriales de encuadramiento de las empresas usuarias, con el objeto de iniciar con efectos desde el 1-1-1998 el proceso de convergencia salarial del personal en misión con el Convenio sectorial correspondiente a la actividad de la empresa usuaria donde se produzca la prestación de actividad laboral. Las previsiones concretas para 1998 y 1999 son las siguientes:

- a) “En el año 1998, con efectos desde el 1 de enero, el personal en misión percibirá el 80% de la retribución pactada en el convenio sectorial de encuadramiento, por razón de la actividad de la empresa usuaria donde se efectúa la prestación de trabajo, de conformidad con los criterios establecidos en el punto anterior”.
- b) “En el año 1999, con efectos desde el 1 de enero, este porcentaje se elevará al 90%, para alcanzar desde el 31 de diciembre de 1999, y con efectividad durante todo el año 2000, el 100% de la retribución pactada en el convenio sectorial de encuadramiento de la empresa usuaria”.

Este régimen se establece también en art. 28 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

⁶³⁰ No obstante, la importancia del II Convenio Colectivo no es menospreciable, ya que ha sentado los criterios para lograr la equiparación salarial. Sobre el papel de la negociación colectiva en materia de igualdad retributiva, vid. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F y DEL REY GUANTER, S., “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1993, pág. 182 y ss.

la posibilidad de que el convenio colectivo que suceda al II Convenio estatal de E.T.T. establezca otro tipo de regulación menos favorable a la que actualmente es aplicable - en virtud de lo previsto en el art. 82.4 E.T.-

Exceptuando la regulación del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T., la práctica totalidad de convenios de E.T.T. han incluido en su regulación las correspondientes tablas salariales en función del grupo o categoría que desempeñe el trabajador en la empresa⁶³¹. La doctrina ya había resaltado el hecho de que la consecuencia de esta previsión iba a ser que pudiese establecerse, respecto de este tipo de trabajadores, retribuciones inferiores a las que les corresponderían en el caso de que fuesen contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo⁶³². De esta forma, las E.T.T. establecen retribuciones diferentes a las que corresponden en las empresas usuarias para los trabajadores contratados específicamente por estas últimas, lógica consecuencia que se deriva del hecho de que la L.E.T.T. no ha optado por asegurar la percepción de igual salario al percibido por los trabajadores que realicen trabajos de igual valor en la empresa usuaria, ni tampoco ha establecido mecanismos correctores ante el hecho de que se produzcan desequilibrios

⁶³¹ Anexo del Convenio Colectivo de ADIA Intergrup (B.O.E. 30 de abril de 1994); Disposición Final 3ª de Manpower Team (B.O.E. 1 de noviembre de 1994); Anexo I de Temps (B.O.C. Madrid de 21 de diciembre de 1994); Anexo I de Trabajo y Empleo de Trabajo Temporal (B.O.P. Almería de 19 de diciembre de 1994); Anexo de Nueva Cadegesa (B.O.C. Madrid de 24 de enero de 1995); Anexo de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O.C. Madrid de 24 de enero de 1995) y revisión salarial de 7 de marzo de 1995; Anexo de Laborman (B.O.E. 2 de febrero de 1995); Anexo I de Administración y Gestión de personal (B.O.P. Málaga de 6 de febrero de 1995); Anexo I de Dalgo Grup (D.O.G. Valenciana 15 de mayo de 1995); Anexo de Alta Gestión (B.O.E. de 10 de febrero de 1995); Anexo de Fidelio (B.O. Navarra de 13 de febrero de 1995); art. 21 de Gestión Temporal De Recursos Humanos (B.O. Navarra de 15 de febrero de 1995); Anexo II ADIM (B.O.C. Madrid de 21 de febrero de 1995) y revisión salarial de 26 de marzo de 1995); Anexo I de Faster Ibérica (10 de marzo de 1995); Anexo I de People Málaga (B.O.P. Málaga de 16 de marzo de 1995); Anexo de Grup Quatre Selecció (D.O.G. Cataluña de 20 de marzo de 1995); Anexo de ELAN Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa de 28 de marzo de 1995); Anexo I de Teamwork (B.O.E. de 5 de abril de 1995); Anexo I de Tempo Grup (D.O.G. Cataluña de 28 de abril de 1995), Disposición Final 3ª de Servicio y organización del secretariado (B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995); Anexo de Gonzal Gestión (B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995); Anexo de Bicolán (B.O.E. de 24 de mayo de 1995); Anexo de Consultores de Empleo (B.O.E. 7 de junio de 1995).

⁶³² Según RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, op. cit., 1992, “una de las críticas típicas a esta forma de trabajo era que el mantenimiento de toda la estructura interpuesta de la empresa de trabajo temporal se llevaba a cabo sobre los salarios de los trabajadores, que venían siendo inferiores a los que estos recibirían de trabajar directamente para la empresa usuaria. En cambio, si se garantiza esta igualdad de tratamiento, ya no será posible que la empresa de trabajo temporal retenga parte de estos salarios, que pasarán íntegros al trabajador”.

retributivos entre ambos tipos de trabajadores⁶³³. Nuestra regulación sobre E.T.T. está asumiendo que los costes de estas empresas y el mantenimiento de la infraestructura de las mismas vaya a ser proyectado sobre las remuneraciones de los trabajadores puestos a disposición, lo que contribuye a incrementar su nivel de precariedad laboral⁶³⁴. A pesar de que las E.T.T. se vean obligadas a sumar a los costes laborales todos aquellos gastos de operación que comporta el ejercicio de dicha actividad en el mercado y su propio margen de beneficio empresarial, hay que tener en cuenta que también podría haberse optado por la solución de que esa diferencia de costes fuese soportada por las empresas usuarias, por las ventajas que implica para las mismas el recurso a las E.T.T., especialmente por el hecho de poder dar una cobertura rápida a una necesidad urgente de mano de obra y porque las E.T.T. son las que asumen las obligaciones que se derivan de ser el empresario formal del trabajador puesto a disposición, entre ellas las de formar a los trabajadores (aspectos de los que la empresa usuaria se va a beneficiar notablemente).

Asimismo, el beneficio que le reporta a la empresa usuaria hacer frente a las variaciones imprevisibles de la demanda o a las modificaciones súbitas de la organización productiva⁶³⁵ ya justifica el pago, por parte de la empresa usuaria, del servicio proporcionado a la E.T.T., sin que ese margen deba ser soportado por el trabajador puesto a disposición. Sin embargo, el legislador se ha decantado por un régimen jurídico que favorece que, a través de la negociación colectiva, las E.T.T. puedan establecer condiciones salariales inferiores a las que corresponderían al trabajador si fuese contratado por la empresa usuaria, prevaleciendo claramente criterios economicistas favorables a la competitividad de las E.T.T. en el mercado a costa de las retribuciones de los trabajadores temporales puestos a disposición, y ello a pesar de que en el debate parlamentario se introdujeron enmiendas encaminadas precisamente a

⁶³³ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit. pág. 91.

⁶³⁴ Según ÁLVAREZ ALEDO, C., “El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español. Relaciones entre segmentación laboral y productiva”, op. cit., pág. 151, “la ganancia media de un trabajador con contrato fijo supera en 763.000 pts. A la de un trabajador con contrato temporal, lo que supone una divergencia de 42,3 puntos”.

⁶³⁵ ALIBERT, B., “Le contrat de travail temporaire”, *Droit Social*, nº 1, 1974, pág. 15.

lograr la equiparación retributiva entre los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T. y el resto de trabajadores contratados por la empresa usuaria⁶³⁶.

Así pues, la L.E.T.T. ha propiciado una desigualdad en materia de retribución salarial a través de la negociación colectiva, situación que se agrava todavía más en este sector de actividad si se tiene en cuenta la dificultad que va a suponer para los trabajadores puestos a disposición poder formar parte de los órganos de representación de este tipo de empresas, como ya se ha visto en apartados precedentes. Ya se ha señalado que la mayoría de convenios de E.T.T. han incluido en su articulado las correspondientes tablas salariales en función de la categoría o grupo del trabajador contratado a través de la E.T.T. Además, esta situación de desigualdad salarial se agudiza al haber incorporado el II Convenio Estatal de E.T.T. la posibilidad de que determinadas empresas incluidas en su ámbito de aplicación puedan no aplicar a los trabajadores puestos a disposición el régimen salarial y la cuantía de las retribuciones previstas en dicho convenio si se aprecia una situación de inestabilidad económica como consecuencia de la aplicación de las condiciones salariales pactadas (cláusulas de descuelgue salarial). De este modo, en el art. 11 se señala que podrán solicitar el descuelgue aquellas empresas que acrediten “objetiva y fehacientemente que su estabilidad económica puede verse dañada como consecuencia de la aplicación de tales condiciones”. No se aprecia en este punto una especial concreción por parte de los sujetos negociadores a la hora de determinar cuáles son las circunstancias que deben concurrir para llevar a cabo el descuelgue salarial, sino que se emplea el término ambiguo de “estabilidad económica” de la empresa, al igual que lo hace el art. 82.3 E.T., sin matizar si la inestabilidad económica de la E.T.T. ha de traducirse en determinados hechos objetivos (por ejemplo pérdidas en determinados años anteriores)

⁶³⁶ Sirva como ejemplo la enmienda nº 139 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22 de febrero de 1994), la cual proponía que el trabajador temporal tuviese derecho “a percibir como mínimo el salario que se establezca en el Convenio Colectivo de la empresa de trabajo temporal, salvo que el convenio de la empresa usuaria establezca una remuneración superior para un trabajador que desempeñe un puesto de trabajo igual o de igual valor, en cuyo caso, ésta será la remuneración a percibir por el trabajador”.

que lleven aparejada la consecuencia de la efectiva puesta en peligro de la continuidad de la E.T.T.⁶³⁷.

Para acreditar esta situación, se establecen una serie de datos objetivos tales como la contabilidad de las empresas, sus balances y cuentas de resultados, pudiendo establecerse en las empresas con un censo superior a 50 trabajadores, y a su costa, informes de auditores o censores de cuentas⁶³⁸. La inaplicación del régimen salarial establecido en dicho convenio requerirá previo acuerdo, de carácter vinculante, de la Comisión Paritaria, adoptado por mayoría del 60% de los miembros de cada una de las representaciones. La debilidad negociadora y la dificultad para que los trabajadores puestos a disposición estén representados en los órganos representativos de la E.T.T. también tiene consecuencias en relación a la determinación de las nuevas condiciones económicas, pues éstas van a ser establecidas posteriormente de mutuo acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Consciente de dichas dificultades, el art. 11.5 del II Convenio Colectivo estatal prevé que “a falta de acuerdo o caso de inexistencia de representación legal del personal en el ámbito de la empresa de que se trate ambas partes se someterán a procedimiento arbitral, pudiendo acudir a la comisión Paritaria para que ésta designe el o los árbitros, siempre en número impar, encargados de establecer aquellas condiciones”. De este modo, y haciendo uso de la facultad prevista en el art. 82.3 E.T., el convenio colectivo estatal de E.T.T. ha incorporado como contenido mínimo del mismo la cláusula de descuelgue salarial, por lo que a la desigualdad que provoca el hecho de que el convenio colectivo de la E.T.T. establezca retribuciones propias aplicables a la misma diferentes de las percibidas por los trabajadores de la empresa usuaria, hay que sumar la posibilidad de que las E.T.T. cuya

⁶³⁷ Tal como señala GARRIDO PÉREZ, E., “Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria”, Relaciones Laborales, nº 8, 1995, “ese daño a la estabilidad económica haya de interpretarse restrictivamente como una alteración real, no meramente hipotética y profunda, realmente lesiva, en los esquemas económicos y productivos de la empresa, hasta el punto de poner en peligro el mantenimiento o la misma subsistencia de aquélla, no bastando para ello tomar como referencia situaciones deficitarias de temporada o crisis generalizada del sector o grupo al que perteneciera en su caso la empresa, o incluso simples previsiones de una disminución o reducción de los beneficios empresariales”. En el mismo sentido BAYLOS GRAU, A., “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1994, pág. 330-331.

⁶³⁸ Vid. el art. 9 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999. (D.O.G.C. 20-11-1997).

estabilidad económica fuese dañada puedan aplicar regímenes salariales distintos a los establecidos en el convenio estatal del sector.

En relación al problema concreto de los complementos salariales, la regulación del art. 11.1.a) L.E.T.T. establece que el trabajador temporal puesto a disposición tendrá derecho a ser remunerado de conformidad con lo que establezca el convenio colectivo aplicable a las E.T.T., *o, en su defecto*, en el convenio colectivo de la empresa usuaria. En relación a la expresión “*en su defecto*” que aparece en el citado precepto, puede plantearse la duda de si ésta incluye únicamente el supuesto de una inexistencia absoluta o total de regulación de la retribución salarial de estos trabajadores o comprendería también el supuesto de la no inclusión de determinados complementos salariales que, aunque no aparecieran en el esquema salarial previsto en el convenio colectivo de la E.T.T. sí estuviesen, por el contrario, contemplados dentro de la estructura salarial establecida en el convenio colectivo de la empresa usuaria⁶³⁹. En este sentido, hay que poner de manifiesto que la mayoría de convenios colectivos de E.T.T. establecen una estructura salarial que únicamente abarca el salario base de Convenio, los complementos de puesto de trabajo, los de cantidad o calidad de trabajo, el plus por trabajo nocturno, las gratificaciones extraordinarias de vencimiento superior al mensual y, en su caso, las mejoras voluntarias individualmente pactadas o unilateralmente concedidas por el empresario⁶⁴⁰. Incluso se da la existencia de convenios colectivos se mantienen sustancialmente por debajo de estas previsiones⁶⁴¹, siendo únicamente una

⁶³⁹ En relación al ordenamiento francés, la doctrina extiende la equiparación salarial también a los complementos salariales, partiendo del principio de igualdad de trato consagrado en los arts. L 124-4-2 y L 122-3-3. Así, señala VERKINDT, P.Y., “L’application du principe d’égalité de traitement aux travailleurs précaires”, op. cit., pág. 873.

⁶⁴⁰ Vid., a modo de ejemplo, el art. 14 del Convenio Colectivo de Servicio y Organización del Secretariado (B.O.C.M. 1 de mayo de 1995); art. 19 de Gonzal Gestión (B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995); art. 19 del Convenio Colectivo de Bicolán (B.O.E. 24 de mayo de 1995); art. 20 de AGIO (B.O.E. 1 de febrero de 1995); Laborman (B.O.E. 2 de febrero de 1995); art. 18 de FASTER Ibérica (B.O.E. 10 de marzo de 1995), art. 19 de FASTER Ibérica (B.O.E. de 5 de abril de 1995); art. 20 de Tempo Grup (D.O.G. Cataluña de 28 de abril de 1995).

⁶⁴¹ Vid., por ejemplo, el art. 19 del Convenio Colectivo de ADIA Intergup (B.O.E. 30 de abril de 1994), el art. 12 y siguientes del Convenio Colectivo de TEMPS (B.O.C. Madrid de 19 de diciembre de 1994); el art. 16 del de Manpower Team (B.O.E. de 1 de noviembre de 1994), el art. 19 de Temps (B.O.C. Madrid de 21 de diciembre de 1994); art. 12 People Justo a Tiempo (B.O.E. de 5 de enero de 1995); Alta Gestión (B.O.E. 10 de febrero de 1995).

minoría los que introducen otros complementos ⁶⁴² (como por ejemplo, el de antigüedad, que en este tipo de trabajadores no poseerá demasiada trascendencia a nivel cuantitativo, debido a los cortos períodos para los que estos trabajadores son contratados por las E.T.T. para ser puestos a disposición). Puede apreciarse, por consiguiente, la ausencia de una serie de complementos personales (antigüedad, por titulación) o bien en función de la situación y resultados de la empresa que no aparecen en la estructura salarial de los convenios colectivos de las E.T.T. pero que sí podrían estar contemplados en los de las empresas usuarias.

En favor de la inclusión de los complementos salariales en la retribución del salario del trabajador puesto a disposición puede señalarse que en la actual redacción del art. 26 E.T. se atribuye a la negociación colectiva la determinación de la estructura del salario “que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten”. La respuesta al tema planteado puede derivar de la interpretación de lo que haya que entenderse por el término “en defecto” de convenio colectivo de la E.T.T..

El problema que se suscita consistiría, pues, en determinar si la expresión “en su defecto” sólo abarcaría los supuestos de inexistencia de convenio de E.T.T. o ausencia de precepto en el convenio sobre dicha materia, o bien si con esta expresión del art. 11.1.a) L.E.T.T. también se estaría haciendo referencia a aquellos casos en los que, aun existiendo dicho convenio y contemplándose una determinada estructura salarial para los trabajadores puestos a disposición, se estableciese únicamente el salario base correspondiente acompañando éste de determinados complementos o no, pero sin que se

⁶⁴²Vid., art. 8 de Consultores de Empleo (B.O.E. 7 de junio de 1995); Trabajo y Empleo de trabajo temporal (B.O.C.Madrid de 19 de diciembre de 1994); art. 19 de Nueva Cadegesa (B.O.C. Madrid de 24 de enero de 1994); art. 34 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O.C.Madrid de 24 de enero de 1995).

incluyan los complementos salariales a los que el trabajador puesto a disposición tendría derecho si fuese contratado directamente por la empresa usuaria. En la regulación del salario contenida en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 26 a 33) los complementos salariales forman parte, como un componente más, junto al salario base, de la contraprestación por el trabajo que desempeña el trabajador en la empresa. En este sentido, la doctrina ha señalado la naturaleza salarial de dichos complementos⁶⁴³, resaltando que “tales cantidades son salario, según la definición del art. 26 E.T.: ninguna diferencia de naturaleza los separa del salario base, que no es más salario que sus complementos”⁶⁴⁴.

A favor de la posibilidad de añadir los complementos salariales establecidos para los trabajadores de la empresa usuaria a la estructura salarial fijada en el convenio colectivo de la E.T.T. podría argumentarse que la Disposición Adicional 1ª L.E.T.T. establece que “en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la E.T.T. y el trabajador y entre éste y la empresa usuaria (...)”, de forma que, según esta opción, y en base a una aplicación supletoria del art. 26 E.T., debería completarse la estructura salarial del trabajador puesto a disposición en función de lo previsto en el convenio colectivo de la empresa usuaria. Hay que tener en cuenta que la actual regulación del art. 26.3 E.T. asigna a la negociación colectiva la determinación de la estructura salarial, y, en su defecto, al contrato individual, a diferencia de la regulación anterior a la Ley 11/1994, en la que la estructura salarial venía fijada en el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto (D.O.S.) y la Orden de 22 de noviembre de 1973 (O.O.S.) que lo desarrollaba (al margen del importante papel que ya venía jugando la negociación colectiva en esta materia, habitualmente regulada en los diferentes convenios colectivos). Se ha señalado que la posibilidad de que la estructura salarial se determine en el contrato individual es

⁶⁴³ Señala GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La determinación y estructura del salario”, Revista de Política Social, nº 141, 1984, pág. 66, que “el complemento es de carácter retributivo, al tener su causa en una prestación de servicios laborales, ya sea por el tiempo puesto a disposición o por alguna específica circunstancia que cualifique la actividad laboral”.

⁶⁴⁴ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Complejidad y racionalización de la estructura del salario”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 17, 1984, pág. 38.

residual, “presentando un carácter subsidiario a su regulación en el convenio colectivo”. Del mismo modo, podría entenderse que la regulación más beneficiosa del convenio colectivo de la empresa usuaria debe prevalecer sobre la establecida por el convenio de la E.T.T.⁶⁴⁵, en función del art. 3.1.c) E.T.

Por el contrario, la postura contraria se fundamentaría en el hecho de que, cuando la L.E.T.T. regula la retribución del trabajador puesto a disposición, se refiere expresamente a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable a las E.T.T., por lo que de una interpretación literal podría extraerse la conclusión de que si el convenio de la E.T.T. no ha realizado una mención expresa a los complementos salariales establecidos en el convenio colectivo de la usuaria, esta omisión debería de interpretarse en el sentido de que prevalecería lo dispuesto en el primero de ellos. El argumento que se ha expuesto anteriormente según el cual se aplicaría la Disposición Adicional 1ª, resultado de una interpretación integradora de ambas normas, no tendría cabida en función de esta interpretación literal del art. 11.1.a) L.E.T.T., ya que ambas normas poseen idéntico rango legal, y, por consiguiente, prevalecería la regulación específica contenida en el precepto citado L.E.T.T..

De las dos opciones anteriormente expuestas, considero que cabría aplicar supletoriamente el convenio colectivo de la empresa usuaria en este punto, como consecuencia de la interpretación integradora que, junto a la normativa laboral común, parece que debe darse al término “en su defecto”, y ello en base a que la justificación de dichos complementos se encuentra en el trabajo realizado en la empresa⁶⁴⁶, siendo la

⁶⁴⁵ Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y ALFONSO MELLADO, C. A., “El Salario”, op. cit., pág. 31. Según estos autores sólo si la regulación en convenio colectivo no existe “podrá actuar la autonomía individual que, por otra parte, precisamente por ese carácter subordinado, tampoco puede alterar la estructura que se haya fijado en el convenio. Es más, en el supuesto de que ante una falta de regulación en convenio, empresario y trabajador hayan fijado una estructura salarial en un pacto individual, es claro que ésta cederá ante cualquier regulación más favorable para el trabajador que pueda establecerse en un posterior convenio colectivo que resulte de aplicación, pues no parece que esa remisión a la autonomía individual, que se hace sólo en defecto de convenio, implique que el resultado que pueda producir es inmodificable hacia el futuro por una regulación convencional más favorable tal como se desprende del art. 3.1.c) E.T.”.

⁶⁴⁶ PEDRAJAS MORENO, A., “A propósito del carácter funcional del complemento de puesto de trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº 4, 1987, pág. 187, y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.,

empresa usuaria donde presta sus servicios efectivamente el trabajador cedido, y no la E.T.T.. Asimismo, esta opción se puede justificar en base a la aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor, que ya ha sido analizado específicamente en el punto dedicado al tratamiento comunitario, así como la aplicación del principio de igualdad del art. 14 C.E., por lo que a los apartados anteriores me remito.

Por otra parte, la regulación prevista en el art. 30.3 del II Colectivo estatal de E.T.T.. va en esta dirección, cuando establece que, a los efectos previstos en el proceso de equiparación salarial de los trabajadores puestos a disposición, se entenderá por retribución pactada en el convenio sectorial de la empresa usuaria la correspondiente al importe de todos los conceptos de carácter fijo, tanto de carácter salarial como incluso los de naturaleza extrasalarial, establecidos en el convenio de la empresa usuaria. Este precepto realiza una mención expresa a la inclusión de los complementos de penosidad, toxicidad y peligrosidad, pero se excluyen todos los complementos personales, de cantidad y calidad de trabajo y los de puesto de trabajo. Esta exclusión no posee una justificación objetiva y razonable, por lo que, a pesar de lo dispuesto en la regulación convencional, deberán hacerse efectivos por la E.T.T. si concurren las causas que dan lugar a los mencionados complementos, bien sea en atención a las circunstancias personales del trabajador, la productividad del trabajador dentro de la empresa o a las circunstancias materiales en las que se desarrolla el trabajo en la empresa. Así pues, lo determinante a la hora de incluir los complementos salariales estriba en la concurrencia de la causa⁶⁴⁷ que da lugar al complemento salarial y a la aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.

“Complejidad y racionalización de la estructura del salario”, op. cit., pág. 29.

⁶⁴⁷ Sobre el principio de causalidad como principio básico en la definición de los complementos salariales vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., “Estructura salarial, organización productiva y prestación salarial”, Proyecto de Investigación presentado a la plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, julio 1996, original mecanografiado, pág. 101 y ss; CRUZ VILLALÓN, J., “El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 107; MONEREO PÉREZ, J.L., “La estructura del salario. (Comentario al art. 26.3 y disposiciones concordantes del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo)”, en AA.VV., “El nuevo régimen jurídico del salario”, T.I, Vol. I, Edersa, Madrid, 1994,

Ahora bien, un problema adicional se plantea con respecto a cuál de las dos empresas (la de trabajo temporal o la usuaria) debe ser la que remunere al trabajador cedido por los conceptos contemplados en el convenio colectivo de la empresa usuaria y no reflejados en el de la E.T.T.. En mi opinión, este sería un aspecto que debería contemplarse en el contrato de puesta a disposición, pero, ante la posibilidad de la ausencia en dicho contrato de esta mención, lo más coherente parece ser que este tipo de complementos que no aparecen en el convenio de la E.T.T. corran a cargo de ésta, siendo dicha empresa a la que se le atribuye de forma genérica la obligación del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social de los trabajadores puestos a disposición (art. 12.1 L.E.T.T.).

Dentro de la determinación de la estructura salarial llevada a cabo por algunos de los convenios de E.T.T., aparecen determinadas partidas cuya naturaleza es algo dudosa y que son denominadas como “incentivo de fidelidad”⁶⁴⁸ o “plus vinculación”⁶⁴⁹. El incentivo de fidelidad se caracteriza por ser un complemento que se pacta con los trabajadores cedidos por la E.T.T. durante el tiempo que se encuentren vinculados a través de un contrato de puesta a disposición. Este complemento tiene una relación directa con el tiempo trabajado, siendo retribuida al término del contrato de puesta a disposición si el trabajador ha permanecido la totalidad del mismo. El incumplimiento por parte del trabajador de la totalidad o parte del contrato de puesta a disposición, será causa fundamental para la no percepción de este incentivo, y se establece su carácter de no consolidable. En mi opinión, el llamado “incentivo de fidelidad” no posee una naturaleza jurídica clara, y resulta difícilmente encuadrable dentro de la tipología de complementos salariales. Por sus características (compensación económica a cambio de una permanencia en la empresa) podría pensarse que estamos

pág.95; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., “La reforma del régimen de los salarios”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994, págs. 31-32; MERCADER UGUINA, J., “Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 104-108.

⁶⁴⁸ Art. 25 del Convenio Colectivo de AGIO (B.O.E. 1 de febrero de 1995).

ante una figura a mitad de camino entre el pacto de plena dedicación (art. 21.1. E.T.) y el de permanencia en la empresa (art. 21.4 E.T.). Sin embargo, con respecto al pacto de plena dedicación, a pesar de que se establece una compensación económica, no se prohíbe al trabajador que desempeñe trabajos para otras empresas, sino que sólo se pretende que permanezca vinculado a la E.T.T. durante toda la duración del contrato de puesta a disposición. Tampoco parece encuadrable plenamente dentro de la figura del pacto de permanencia en la empresa, ya que al regularse el “incentivo de fidelidad”, únicamente se prevé que dará derecho a que el trabajador sea remunerado bajo este concepto, pero en ningún caso se prevé que de no permanecer en la E.T.T. deba resarcir a ésta a través del pago de una indemnización por daños y perjuicios. En mi opinión, resulta descartada su inclusión dentro de los complementos salariales relativos a la situación y resultados de la empresa, al caracterizarse dichos complementos por constituir una remuneración variable “directamente relacionada los resultados” de la misma⁶⁵⁰.

Asimismo, surgen importantes dudas con respecto a su encuadramiento dentro de los complementos en función del trabajo realizado, ya que la causa que da lugar a dicho complemento viene dada por las características propias del puesto de trabajo o la forma de realizar la actividad⁶⁵¹, sin que parezca que el llamado “incentivo de fidelidad” retribuya el ejercicio de las funciones específicas del puesto de trabajo de que se trate, sino más bien la permanencia con la E.T.T. mientras no finalice el contrato de puesta a disposición concertado entre ésta y la usuaria. De ahí que la figura más adecuada parece ser la del complementos personal por antigüedad, puesto que -según la regulación contenida en el convenio colectivo que contempla esta figura- su cuantificación tendrá una relación directa con el tiempo trabajado, coincidiendo esta previsión con la exigencia viene prevista en el art. 25.1 E.T. al señalar que “el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos

⁶⁴⁹ Art. 20 del Convenio Colectivo de Tempo Grup (D.O.G.Cataluña de 28 de abril de 1995).

⁶⁵⁰ Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El salario”, op. cit., pág. 35.

⁶⁵¹ PEDRAJAS MORENO, A., “A propósito del carácter funcional del complemento de puesto de trabajo”, op. cit. , pág. 187.

fijados en el convenio colectivo o contrato individual”. La determinación de su naturaleza jurídica como complemento personal tiene trascendencia práctica, ya que este tipo de complementos son consolidables salvo pacto en contrario, si bien en el supuesto concreto que nos ocupa no poseerían dicho carácter al haberse pactado en el convenio colectivo su carácter de no consolidable⁶⁵².

5. La responsabilidad de la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria en relación a las obligaciones salariales.

Como ya se ha visto, la E.T.T. es la obligada al cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores puestos a disposición -art. 12.1 L.E.T.T.-, en lógica coherencia con la condición de dicha empresa de empresario del trabajador. Ahora bien, en los supuestos en los que se produce una inobservancia de las citadas obligaciones, la norma de referencia ha previsto un sistema de responsabilidades que se contiene en el art. 16.3, según el cual la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. La regla general es, pues, la atribución a la empresa usuaria de una responsabilidad subsidiaria, si bien dicha regla posee una excepción, de tal forma que esta responsabilidad será solidaria en los casos en que el contrato de puesta a disposición se haya celebrado incumpliendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 L.E.T.T.⁶⁵³. La opción genérica por la responsabilidad subsidiaria ha sido objeto de crítica por la doctrina, por resultar más atenuada y mucho menos efectiva desde la perspectiva de las posibles reclamaciones de los trabajadores contratados por E.T.T.⁶⁵⁴. Asimismo, la opción por este tipo de responsabilidad con carácter general se aparta del régimen establecido en el

⁶⁵² Art. 25.4. del Convenio Colectivo de AGIO (B.O.E. de 1 de febrero de 1995).

⁶⁵³ Aunque en el art. 16.3 del Proyecto de Ley (B.O. Cortes Generales 4-1-1994) se establecía la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, el texto definitivo prevé finalmente la subsidiaria, fruto de la enmienda nº 43 del Grupo Parlamentario Vasco (B.O. Cortes Generales 22-2-1994), que justificaba esta opción en el hecho de que las previsiones en cuanto a la garantía financiera ya resultaban suficientes.

art. 42.2 E.T. para los casos de subcontratas de obras o servicios, para los que se prevé la responsabilidad solidaria en lo que concierne a este tipo de obligaciones⁶⁵⁵.

En la misma línea que los pronunciamientos doctrinales expuestos, esta diferenciación supone una muestra más de la precariedad a la que están sometidos este tipo de trabajadores, en beneficio de las empresas usuarias sobre las que únicamente cabrá la exigencia de responsabilidades salariales y de seguridad social cuando el trabajador haya agotado las vías de reclamación contra la E.T.T. previstas en la L.E.T.T. y en el R.E.T.T.. Esta opción legislativa conlleva el riesgo de la elusión de las responsabilidades por parte de la empresa usuaria, y ello en perjuicio de los derechos del trabajador puesto a disposición, lo cual resulta difícilmente compatible con la exigencia de seguridad jurídica que impone el art. 9.3 C.E. La asignación de la responsabilidad solidaria a la empresa usuaria hubiese sido deseable por dos razones fundamentales. En primer lugar, para evitar el tratamiento desigual con los supuestos de contratas y subcontratas de obras o servicios. En este sentido, se ha señalado por la doctrina que el fundamento de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 E.T. estriba en la relación indirecta de aprovechamiento del trabajo entre empresas principal y subcontratistas, y como criterio equitativo de asignación de costes laborales y sociales a todos los que se benefician del trabajo, lo que ha de llevar aparejado la existencia de un encadenamiento de responsabilidades en sentido ascendente, a todos los sujetos que intervienen en las distintas fases de la subcontratación⁶⁵⁶. Si partimos de esta justificación, con más

⁶⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en España”, op. cit., págs. 135-136; GALA DURÁN, C., “Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias”, Colex, Madrid, 1998, pág. 212.

⁶⁵⁵ De la misma forma que la doctrina formuló el “principio de protección del trabajo en contratas”, debería haberse tomado en consideración un “principio de protección general del trabajo en E.T.T.” que hubiese llevado a garantizar los derechos de los trabajadores a través de la asignación a la empresa usuaria de la responsabilidad solidaria en cualquier supuesto de incumplimiento de las deudas salariales y de Seguridad Social. Tal como señala MARTÍN VALVERDE, A., “La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho”, en AA.VV. (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 114, “este principio postula una protección reforzada y específica de los empleados de empresas de contrata respecto de los restantes trabajadores, procura atender a los riesgos y problemas singulares de esta modalidad de prestación de servicios laborales y se proyecta en normas bien diversas”.

⁶⁵⁶ MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E.: coord.), “Comentarios a las Leyes Laborales. El

motivo sería exigible la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, dado que en este caso el aprovechamiento del trabajo no es indirecto, sino que se trata de una utilización directa de la fuerza de trabajo, dada la integración del trabajador en la estructura organizativa y productiva de dicha empresa y vistas las atribuciones empresariales que el ordenamiento jurídico atribuye a la misma durante el desarrollo de la prestación laboral.

Así pues, podría calificarse como incoherente el tratamiento que la L.E.T.T. lleva a cabo de la empresa usuaria en relación con las obligaciones salariales y de Seguridad Social, pues el régimen de responsabilidad subsidiaria no encuentra, a mi juicio, una justificación razonable en base a la posibilidad de ejecutar la garantía financiera para el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, especialmente si se toma en consideración la compleja tramitación a la que se somete al trabajador en los casos en los que procede dicha ejecución⁶⁵⁷. De este modo, puede constarse que la atribución de la responsabilidad subsidiaria a la empresa usuaria por parte del art. 16.3 L.E.T.T. implica la asunción de complicados trámites en el momento en el cual el trabajador decida reclamar estas cantidades. El primer paso a seguir por éste será la reclamación de los salarios pendientes a la E.T.T.. En caso de que ésta no proceda al pago de los mismos, el trabajador podrá proceder a la ejecución de la garantía financiera, en base a la previsión establecida en el art. 3.5 L.E.T.T. y en el art. 9 del R.E.T.T., según los cuales la garantía financiera responderá de las deudas salariales, de las deudas por indemnizaciones económicas tras la finalización del contrato de puesta a disposición y de las de Seguridad Social. La solicitud de la ejecución debe ir acompañada de una serie de documentación acreditativa -art. 9.2 R.E.T.T.- y el plazo

Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988, pág. 263; GARCÍA PAREDES, M^a L., “La subcontratación de obras y servicios”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 29.

⁶⁵⁷ En este sentido se pronuncia también BODAS MARTÍN, R., “El reconocimiento de las empresas de trabajo temporal. Requisitos para su constitución y funcionamiento. Las cooperativas y las E.T.T.”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 120, señalando que hubiera sido más razonable que “se hubiera optado por la posibilidad de embargar la

para solicitar la misma es de un año desde la fecha del acto de conciliación o resolución judicial firme en que se reconozca la deuda.

Cuando la garantía financiera resulte insuficiente para satisfacer la cuantía de los salarios pendientes, el trabajador deberá someterse al orden de prelación establecido en el art. 9.4 del R.E.T.T., lo que implica que únicamente gozan de preferencia absoluta los créditos correspondientes a los últimos treinta días de trabajo y en cuantía no superior al doble del salario mínimo interprofesional. Una vez abonados los salarios en la cuantía mencionada, el remanente se aplicará al pago de las restantes deudas salariales, debiendo el trabajador someterse a un orden de prelación de créditos que viene determinado en función de la fecha de presentación de la solicitud de ejecución de la garantía. Cumplidos estos trámites, será cuando el trabajador podrá reclamar a la empresa usuaria las cuantías que todavía no se hayan satisfecho por parte de la E.T.T., bien directamente, bien tras el recurso a la ejecución de la garantía. Por otra parte, hay que tener en cuenta que los trabajadores siguen teniendo el derecho a la ejecución separada del art. 32.5 E.T., por lo que la declaración de insolvencia de la E.T.T. o el inicio de un procedimiento concursal no supondrá la suspensión de las acciones que puedan ejercitar aquéllos para el cobro de los créditos laborales, ya que este precepto les sería aplicable en virtud de la Disposición Adicional Primera L.E.T.T.⁶⁵⁸.

El trabajador sólo puede instar la ejecución de la garantía financiera en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de la E.T.T., lo que supone que éste sólo podrá acudir a la empresa usuaria siempre que la E.T.T. se niegue a satisfacer las cantidades adeudadas y ésta no se encuentre en uno de los procedimientos concursales a los que se ha hecho referencia, ya que fuera de estos

garantía financiera por el Juzgado de lo Social, cuando la empresa de trabajo temporal incumpliera el mandato del título habilitante”.

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “Los problemas de la ejecución en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, señala que la posibilidad de ejecutar la garantía tan sólo supone que se autorice legalmente a disponer de la misma, que “de otro modo, quedaría marginada de los sistemas usuales de responsabilidad de la empresa de trabajo temporal”.

casos no se da el supuesto de hecho necesario para poder ejecutar la garantía, por lo que sería de aplicación directa la regla de subsidiariedad a la que hace referencia el art. 16.3 L.E.T.T., pudiendo el trabajador dirigirse a la empresa usuaria si la E.T.T. no le ha satisfecho el importe correspondiente de los salarios pendientes de pago.

Por último, cuando el contrato de puesta a disposición se hubiese celebrado vulnerando lo previsto en los arts. 6 y 8 L.E.T.T., la responsabilidad de la empresa usuaria será solidaria, tal y como se prevé en el art. 16.3 de la mencionada norma. Ello implica que el trabajador podrá demandar conjunta o separadamente a la E.T.T. y/o a la empresa usuaria desde el primer momento, sin que esta reclamación suponga obstáculo alguno para que el trabajador posteriormente pueda proceder a la ejecución de la garantía financiera en el supuesto de que las deudas salariales no hubiesen sido cobradas por completo, por aplicación a estos supuestos de lo previsto -con carácter general- en el art. 1144 C.C. Si la empresa usuaria realiza el pago, bien sea en su condición de responsable solidario o subsidiario, podrá posteriormente reclamar a la E.T.T. la totalidad de la deuda (art. 1145 C.C.), o bien proceder a la compensación de deudas respecto de las tarifas que deba abonar a la E.T.T. por los servicios que ésta le ha proporcionado (art. 1195 C.C.)⁶⁵⁹. En cualquier caso, la forma a través de la cual la empresa usuaria proceda a repetir la deuda es un tema que no afecta a la facultad que posee el trabajador a la hora de cobrar la deuda, en función del régimen de responsabilidad establecido en el mencionado precepto, sino que es una cuestión que concierne a las dos empresas y que podría ser pactada como una cláusula más en el contrato de puesta a disposición. La atribución de dicho régimen de responsabilidad más favorable a las reclamaciones del trabajador que el establecido con carácter general resulta, a mi juicio, reflejo de lo previsto en el art. 43.2 E.T. para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, en los cuales se asigna el mismo nivel de responsabilidad a ambas empresas.

⁶⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 105.

Esta equiparación de los niveles de responsabilidad vendría a demostrar que los supuestos en los que una E.T.T. legalmente autorizada ejerza su actividad incumpliendo las previsiones contempladas en los arts. 6 y 8 L.E.T.T., estaría incurriendo en el mismo supuesto de hecho que da lugar a la cesión ilegal de trabajadores del art. 43.2 E.T., al asignar la norma las mismas responsabilidades en ambos casos, esto es, tanto en el caso en el que la actividad de puesta a disposición se ejerza de forma ilegal por una empresa que no ha sido legalmente autorizada por la autoridad laboral competente como en los casos en que se lleve a cabo por una E.T.T. legalmente autorizada pero fuera de los supuestos tasados del art. 6 L.E.T.T. o bajo los supuestos prohibidos del art. 8 de la misma norma. A este argumento hay que añadir que la L.E.T.T. sólo prevé la actividad de puesta a disposición de trabajadores cuando ésta responda a necesidades estrictamente temporales en la empresa usuaria, por lo que éste requisito resulta imprescindible para que la E.T.T. pueda ejercer su actividad legalmente.

En relación al alcance material que posee la responsabilidad por las deudas salariales y de Seguridad Social, quedarían excluidos de este concepto las percepciones extrasalariales de carácter indemnizatorio y de compensación de gastos cuyo objeto es la compensación de los gastos, perjuicios y tiempo invertido por el trabajador⁶⁶⁰, pudiendo ser analógicamente aplicables en este punto los criterios jurisprudenciales existentes en relación a las contratas y subcontratas de obras o servicios⁶⁶¹. A la hora de considerar el carácter salarial de la partida, habrá que atender a la causa que da lugar a la misma, independientemente de la denominación que reciba, por lo que siempre que su naturaleza sea salarial deberá incluirse dentro del alcance de la responsabilidad. La seguridad jurídica del trabajador en este punto sólo puede asegurarse a través de una estructura salarial transparente⁶⁶², razón por la cual, en los casos en los que la E.T.T. no haya garantizado esta transparencia en el momento de la determinación de la estructura

⁶⁶⁰ IGLESIAS CABERO, M., "El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos", en AA.VV., "Estudios sobre el salario", ACARL, Madrid, 1993, págs. 587 y ss.

⁶⁶¹ PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., "Las empresas de trabajo temporal", op. cit., pág. 124, y COELLO DE PORTUGAL SILVA, C., "La remuneración del trabajador cedido mediante contrato de puesta a disposición", op. cit., pág. 43.

del salario del trabajador, ello no puede provocar perjuicios añadidos en el momento de la reclamación de las deudas salariales. En cuanto a los salarios de tramitación, la interpretación analógica por la que se ha optado también permitiría su inclusión, tal como se verá en el apartado relativo a la extinción del contrato de trabajo.

⁶² LÓPEZ LÓPEZ, J., “Estructura salarial, organización productiva y prestación salarial”, op. cit., pág. 129.

V. TIEMPO DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

1. Jornada y horario.

La L.E.T.T. no establece ninguna regulación específica en relación a la jornada del trabajador puesto a disposición, por lo que en este punto debemos acudir a la legislación laboral común, en función de la previsión de la Disposición Adicional Primera, según la cual “en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la E.T.T. y el trabajador, y entre éste y la empresa usuaria”. Sin embargo, la regulación prevista en la normativa laboral común resulta insuficiente para dar solución a las peculiaridades que surgen como consecuencia de la particular relación entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria, lo que ha sido aprovechado por la negociación colectiva para intervenir en la ordenación de algunos aspectos de la jornada de los trabajadores puestos a disposición. Sin embargo, no siempre se dan respuesta a algunos de estos problemas, sino que a veces esta regulación convencional contradice incluso las previsiones del E.T., tal como se analizará con posterioridad.

1.1. La necesaria determinación de la jornada y del horario de trabajo.

Según el art. 34.1 E.T., “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, como empresario formal del trabajador puesto a disposición, correspondería a la E.T.T. la determinación de la jornada que va a realizar el trabajador. La posibilidad de que sea la empresa usuaria la facultada para delimitar la jornada de trabajo y su distribución no cabe bajo la concepción contractualista de los poderes empresariales, pues el poder de dirección que el art. 15 L.E.T.T. atribuye a la empresa usuaria no le concede la facultad de concretar la jornada del trabajador puesto a disposición. Y ello porque la determinación de la misma es una cuestión anterior al poder de dirección, al constituir la jornada una parte del objeto contractual pactado en el contrato de trabajo.

Como pone de manifiesto la doctrina⁶⁶³, el contrato de trabajo se configura como un contrato de ejecución continuada porque la prestación se prolonga en el tiempo, lo que implica que la obligación sólo puede cumplirse mediante una prestación de servicios que necesariamente va a consistir en la sucesiva adición de las distintas divisiones temporales en las que ésta consiste. Y así, la prestación laboral objeto del contrato no puede concebirse sin la obligada referencia al período de tiempo en el que se lleva a cabo la actividad del trabajador - bien sea horas diarias, días a la semana o semanas al año-, período que sea cual sea el canon de cómputo que empleemos -diario, semanal o anual- llamamos jornada de trabajo.

Con respecto al horario de trabajo, éste se ha definido por la doctrina como “la distribución en las horas del día del tiempo de la prestación de servicios”⁶⁶⁴. Se trata, por tanto, de una condición laboral con sustantividad propia, de forma que, cuando se pacta la concreta distribución de la jornada por el empresario y el trabajador en este específico marco cronológico, dicha distribución se incorporará al contrato como parte de su contenido esencial, quedando así delimitado el horario de trabajo, que desde ese momento pasa a formar parte de aquél como una de sus condiciones sustanciales. De ahí que la fijación del horario concreto de trabajo no pueda integrarse dentro del poder de dirección, entendido éste como especificación de la prestación pactada, sino que lo que sucede es que una vez se pacta el horario y se incorpora, por tanto, como parte del contenido del contrato, quedaría así delimitado el ámbito temporal en que posteriormente habrá de moverse el poder de dirección. Tal y como se ha puesto de relieve por parte de la doctrina, ello implica que el horario de trabajo queda incorporado

⁶⁶³ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 64-66, señala que “el tiempo aparece aquí con una singular relevancia jurídica: no es ya una mera medida externa de la prestación sino algo que se inserta en la propia estructura jurídica de la obligación y de la prestación que constituye su objeto”. En la misma línea, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, págs. 18-19, según el cual “la verdadera esencia del contrato de trabajo parece estar en su función de satisfacer un interés duradero a través de prestaciones continuadas, frente a las ejecuciones de obra en la que se da una prestación instantánea, unas veces, o una reiteración de las mismas, en otras”.

⁶⁶⁴ MARTÍN VALVERDE, A., “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en AA.VV. “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 685.

como una más de las cláusulas contractuales, “ya que sólo a ese horario quedará obligado el trabajador y sólo ese horario puede ser exigido por el empresario”⁶⁶⁵.

1.2. El tratamiento de la jornada y del horario en la negociación colectiva.

Los diferentes convenios colectivos de E.T.T. regulan la duración de la jornada de trabajo en cómputo anual, siguiendo las pautas del art. 34.1 E.T., según el cual la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, no debiendo superar el máximo de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. La mayoría de convenios establecen una jornada anual de 1.816 horas⁶⁶⁶, mientras que el II Convenio Colectivo Estatal de sector la fija en 1790 horas⁶⁶⁷, pero esta cuantía únicamente se aplica en defecto de convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, por lo que puede decirse que nuevamente estamos ante una regulación convencional que da prevalencia a los criterios organizativos y productivos de la empresa usuaria. A continuación se analizará, pues, la posible licitud de este tipo de cláusulas convencionales.

La peculiar estructura triangular de la relación entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria suscita problemas en relación a la distribución de la jornada de los trabajadores en misión, y ello porque, a pesar de que el trabajador es contratado por la E.T.T., no es en esta empresa donde dicho trabajador va a desempeñar sus servicios, sino en la empresa usuaria, y es precisamente en esta última donde existen las

⁶⁶⁵ Vid. ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., “Poder de dirección y contrato de Trabajo”, Grapheus, Madrid, 1992, pág. 236.

⁶⁶⁶ Vid. los Convenios Colectivos de ADIA (art. 21) (BOE 30-8-1994); art. 24 de Manpower Team (BOE 1-11-1994); art. 23 de ECCO, T.T. (BOE 4-11-1994); art. 22 de TEMPS (BOCM de 21 de diciembre de 1994); art. 20 de PEOPLE, justo a tiempo (BOE 5-1-1995); art. 21 de Nueva Cadegesa (BOCMadrid 24-1-1995); art. 21 de Laborman (BOE 2-2-1995); art. 18 de DALGO GRUP (DO Generalitat Valenciana 15-5-1995); art. 22 de Alta Gestión (BOE 10-2-1995); art. 23 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (BO Navarra 15-2-1995); art. 22 Faster Ibérica (BOE 10-3-1995); art. 20 People Málaga (BOP Málaga 16-3-1995); art. 21 Grup Quatre Selecció (DO Generalitat Catalunya 20-3-1995); art. 22 ELAN, Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa 28-3-1995); art. 21 de Teamwork (BOE 5-4-1995); art. 22 Tempo Grup (DO Generalitat Catalunya 28-4-1995); art. 21 de Consultores de Empleo (7-5-1995).

Otros Convenios Colectivos la establecen en 1.800 horas (art. 15 del de AGIO, BOE 1-1-1995), en 1.820 horas (art. 23 del Convenio Colectivo de Gestión Europea de Recursos Humanos BOC Madrid 24-1-1995), en 1826 (art. 22 de Fidelio, BO Navarra de 23 de febrero de 1995). El art. 18 del Convenio Colectivo de Administración y Gestión de Personal (BOP Málaga 6-2-1995) establece una duración de 1.860 horas, incumpliendo, por tanto, las previsiones del E.T.

necesidades productivas concretas que pueden resultar determinantes para la determinación del tiempo de trabajo de estos trabajadores. De ahí que la mayoría de convenios colectivos establecen la determinación de la distribución concreta de la jornada en función de las necesidades de la empresa usuaria⁶⁶⁸. Por otra parte, el art. 14 R.E.T.T. facilita la determinación entre ambas empresas del horario del trabajador en función de las necesidades organizativas de la empresa usuaria, ya que en este precepto se establece, entre las menciones que ha de contener el contrato de puesta a disposición, el horario de trabajo -letra g-. Ello implica que van a ser las dos empresas -la de trabajo temporal y la usuaria- las que van a convenir, a la hora de formalizar el contrato de puesta a disposición, cuál va a ser la distribución concreta de la jornada laboral del trabajador, teniendo como límites la previsión anual de la jornada contemplada en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria.

A mi juicio, el problema más importante no sería tanto la asignación de la jornada del trabajador en función del convenio aplicable a la empresa usuaria, sino la necesidad de una concreción de la misma en el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador. Ya se ha señalado con anterioridad que esta necesidad de concreción viene dada por el hecho de que el tiempo de trabajo forma parte de los elementos sustanciales del contrato de trabajo, que a su vez integran la prestación de trabajo debida, prestación que sólo es exigible durante el período de tiempo durante el cual el trabajador queda obligado a desarrollar la misma. Es este un aspecto en el que se pone de manifiesto también la contraposición de intereses que caracterizan al

⁶⁶⁷ Art.32.2 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. (BOE 3-3-1997). También el art. 30 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

⁶⁶⁸ Art. 23 del Convenio Colectivo de ECCO (BOE 4-11-1994); art. 23 de TEMPS (BOC Madrid 21-12-1994); art. 8 de Trabajo y Empleo de Trabajo Temporal (BOP Almería 19-12-1994); art. 20 de PEOPLE (BOE 5-1-1995); art. 15 de AGIO (BOE 1-2-1995); art. 21 de Laborman (BOE 2-2-1995); art. 18 de Administración y Gestión de Personal (BOP Málaga de 6-2-1995); art. 18 de Dalgo Grup (DOG Valenciana 15-5-1995); art. 22 Alta Gestión (BOE 10-2-1995); art. 22 Fidelio (BO Navarra 13-2-1995); art. 23 Gestión Temporal de Recursos Humanos (BO Navarra 15-2-1995); art. 20 de ADIM (BOC Madrid de 21-2-1995); art. 20 de People Málaga (BOP Málaga 16-3-1995); art. 22 de ELAN, Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa de 28-3-1995); art. 18 de Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid 1-5-1995); art. 21 de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995); art. 30 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

empresario y al trabajador⁶⁶⁹, por lo que la delimitación de la jornada y del horario en el contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador es la plasmación del acuerdo al que las partes hayan llegado. Del lado del trabajador, su interés radicará tanto en el conocimiento del tiempo que habrá de ponerse a disposición de la empresa usuaria como en la limitación que implica el pacto de una concreta distribución de la jornada en el contrato de trabajo, lo que supone para el éste la garantía ante posibles cambios en la distribución del tiempo de trabajo por parte de dicha empresa⁶⁷⁰.

La necesaria determinación concreta de la jornada puede cuestionarse en los supuestos en los que el convenio colectivo de la empresa usuaria establezca una distribución irregular de la jornada. En este punto, la regulación convencional en este punto se ha llevado a cabo, a mi juicio, a través de una serie de criterios de flexibilidad que suponen una nueva quiebra de la teoría contractualista de los poderes empresariales que ha sido expuesta en el Capítulo precedente. En este sentido, el art. 32.2 del II Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. establece, como otros muchos, que el horario de trabajo y la distribución de la jornada del personal en misión “serán las establecidas conforme al marco horario aplicable en la empresa usuaria, *salvo que por necesidades productivas y organizativas se fijen otras distintas*”⁶⁷¹. De la redacción de este tipo de cláusulas convencionales se pone de manifiesto que existe la posibilidad de que en el contrato de puesta a disposición se acuerde la distribución de la jornada que solicite la empresa usuaria en función de sus necesidades organizativas y productivas, por lo que podría plantearse la hipótesis de que se pactase entre la empresa usuaria y la E.T.T., en el contrato de puesta a disposición, una distribución irregular de la jornada diferente a la prevista en el convenio colectivo, en función precisamente de las necesidades

⁶⁶⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Tiempo de trabajo en la reforma laboral”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 63.

⁶⁷⁰ En este sentido, ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., “La fijación del horario de trabajo”, en AA.VV. (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, págs. 583-584.

⁶⁷¹ Otra forma de establecer esta previsión, pero cuyo contenido es el mismo, puede verse, a modo de ejemplo en el art. 23 del Convenio Colectivo de TEMPS (B.O. Comunidad de Madrid 21-12-1994), según el cual la distribución de la jornada de los trabajadores puestos a disposición “dependerá de las necesidades que disponga el contrato de puesta a disposición, con los límites del art. 34 del E.T.”.

productivas y organizativas a las que hace referencia la normativa convencional, por lo que se vulneraría lo previsto en el art. 34.2 E.T., según el cual los únicos instrumentos para llevar a cabo la distribución irregular de la jornada son el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Por ello, en mi opinión, no es posible asignar al trabajador puesto a disposición una distribución de la jornada distinta y superior a la fijada en el Convenio Colectivo de la empresa usuaria o bien entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en aquellos supuestos en los que no esté prevista la distribución irregular de la jornada en el período de tiempo durante el cual el trabajador va a prestar sus servicios en la empresa usuaria. A través del contrato de puesta a disposición no se puede pactar una jornada distinta a la que se ha previsto a través de los mecanismos jurídicos asignados por la normativa laboral para llevar a cabo dicha distribución irregular. Asimismo, hay que tener en cuenta que si el art. 41.2.3º no permite la modificación de las letras a) y f) (jornada y funciones) establecidas en convenio colectivo estatutario -ni siquiera por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores-⁶⁷², con mayor motivo puede negarse la posibilidad de que un contrato de puesta a disposición, cuya naturaleza es mercantil, pudiese establecer una distribución de la jornada distinta a la pactada en el convenio colectivo de la empresa usuaria. Por las mismas razones expuestas, contravienen el art. 34.2 E.T. aquellas cláusulas de determinados convenios colectivos en los que se establece que la distribución irregular de la jornada se fijará en el contrato de trabajo⁶⁷³, ya que en el mencionado precepto tampoco se contempla la posibilidad de que se pacte la distribución irregular de la jornada a través del contrato de trabajo.

⁶⁷² LÓPEZ TARRUELLA, F., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., “La Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1994, pág. 324, ha señalado que “tal vez no sea ocioso decir, por último, que en realidad este procedimiento es una manifestación más de la negociación colectiva y que su ubicación correcta, por tanto, debería ser el Título III del E.T.”.

⁶⁷³ Es el caso del art. 24 del Convenio Colectivo de Manpower Team (B.O.E. 1-11-1994); art. 20 de ADIM (B.O.C. Madrid 21-2-1995); art. 22 de Tempo Grup, (D.O. Generalitat de Cataluña 28-4-1995); art. 18 de Servicio y Organización del Secretariado (B.O.C. Madrid 1-5-1995); art. 20 de Bicolán (B.O.E. 24-5-1995).

2. Régimen jurídico de los días festivos.

En cuanto al régimen de los días festivos del trabajador cedido, el punto más polémico se centra en la retribución de los mismos. Cuando el art. 11.1.a) L.E.T.T. regula el aspecto relativo a la retribución del trabajador puesto a disposición, se establece que ésta “deberá incluir, en su caso, la parte proporcional de pagas extraordinarias, festivos y vacaciones”. De la confusa redacción de este precepto podría pensarse que la L.E.T.T. concede la posibilidad de excluir el disfrute de los días festivos y su compensación por salario, dada la ambigüedad que supone el término “en su caso”. Ahora bien, esta interpretación resultaría contraria al art. 37.2 E.T., teniendo en cuenta que las fiestas laborales tienen carácter retribuido y no recuperable según este precepto, por lo que los días festivos habrán de disfrutarse por el trabajador contratado por la E.T.T. en su fecha y remunerarse íntegramente como tales. Más bien podría interpretarse que lo que el art. 11.1.a) pretende regular es aquellos supuestos en los que, dada la corta duración de los períodos a través de los cuales el trabajador es puesto a disposición, el contrato de trabajo no coincida con días festivos, por ejemplo en aquellos supuestos en que el trabajador es contratado para cubrir un puesto de trabajo en la empresa usuaria durante uno o dos días, en cuyo caso sí que tendrá derecho a la parte proporcional de los días festivos que no haya disfrutado. Por ello, en el caso de que durante el tiempo que dura la puesta a disposición en la empresa usuaria hubiera algún día festivo, éste deberá ser retribuido al trabajador y disfrutado en su momento correspondiente⁶⁷⁴.

Por otra parte, dudosa es la legalidad del art. 35 del II Convenio Estatal de E.T.T., que establece la posibilidad de acumular, por períodos de hasta dos semanas -al igual que los períodos de descanso semanal- las festividades a las que tenga derecho el trabajador cedido. Con respecto a esta previsión, hay que matizar que, si bien la posibilidad de acumular los períodos de descanso semanal vendría amparada por lo

⁶⁷⁴ Vid., en este sentido, COELLO PORTUGAL SILVA, C., “La remuneración del trabajador cedido mediante contrato de puesta a disposición”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, octubre-diciembre,

dispuesto en el art. 37.1 del E.T., no puede decirse lo mismo con respecto a los días festivos, cuya acumulación no está expresamente contemplada en el art. 37.2 del E.T.

3. Horas extraordinarias.

3.1. La determinación de la empresa legitimada para pactar con el trabajador la realización de horas extraordinarias.

Una vez asignada en el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador la concreta jornada que va a llevar a cabo éste último, se plantean diversas cuestiones sobre la realización de horas extraordinarias por parte del trabajador puesto a disposición. En primer lugar, se plantea el interrogante sobre si la empresa usuaria puede pactar con el trabajador la realización de horas extraordinarias, ya que nos encontramos con el inconveniente de que no es esta empresa la obligada al pago, sino la E.T.T.. Vuelven a plantearse, pues, dificultades derivadas de la triple relación entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria. A la hora de resolver esta cuestión, podrían plantearse dos posibles interpretaciones.

La primera de ellas consistiría en entender que sería la E.T.T., como empresario que ha concertado el contrato de trabajo con el trabajador cedido, la que opte por la posibilidad de que éste realice horas extraordinarias en el ámbito de la empresa usuaria. De esta forma, esta última debería poner en conocimiento de la E.T.T. la necesidad de realizar horas extraordinarias por parte del trabajador cedido, para que fuese la E.T.T. la que, en su caso, autorizase dicha realización. En favor de esta interpretación cabría sostener que las horas extraordinarias han de ser abonadas en la cuantía que se fije o bien compensadas por tiempo de descanso retribuido (art. 35.1 E.T.), siendo la E.T.T. la obligada a dicha remuneración, ya que a la E.T.T. corresponden el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, en función del art. 12.1 L.E.T.T.⁶⁷⁵. A ello hay que añadir que cuando el art. 15.1 L.E.T.T. asigna a la empresa usuaria las

1995, pág. 29.

facultades de dirección, simplemente estaría incluyendo las correspondientes a la organización y especificación de la prestación laboral de los trabajadores puestos a disposición, por lo que la decisión sobre la realización de horas extraordinarias quedaría fuera de dicho ámbito, en lógica coherencia con las tesis contractualistas del poder de dirección empresarial.

La segunda interpretación posible tendría en cuenta el concepto de empresario como receptor de la prestación de servicios, es decir, la empresa usuaria, que estaría legitimada para ejercitar todas las facultades que tuviesen relación con la ejecución de la actividad laboral, incluyendo la realización de horas extraordinarias. En favor de esta segunda opción podría alegarse que el art. 1.2 E.T. establece que serán empresarios todas aquellas personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores, siendo en el caso analizado la empresa usuaria la que recibe dicha prestación. También podría defenderse esta interpretación si se optase por un concepto amplio de lo que haya que entender por facultades de dirección de la actividad laboral a las que se refiere el art. 15.1 L.E.T.T., comprendiendo todas aquellas facultades que se atribuyen al empresario -en este caso la empresa usuaria- para la organización de su actividad empresarial. La consecuencia de ello sería la posibilidad de encomendar, por parte de la empresa usuaria, la realización de horas extraordinarias al trabajador puesto a disposición, lo que tendría sus efectos retributivos correspondientes en el contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador.

Una posible solución a la cuestión planteada es la previsión en el convenio colectivo aplicable a la E.T.T. de la aceptación por ésta de la realización de horas extraordinarias en la empresa usuaria. De lo contrario, no podría predicarse el deber de la E.T.T. de aceptar el acuerdo directo entre el trabajador en misión y la empresa usuaria de realización de horas extraordinarias⁶⁷⁵, salvo que se contemple expresamente la

⁶⁷⁵ MERCADER UGUINA, J., "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio, 1994, pág. 42.

⁶⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, J., "Empresas de trabajo temporal y negociación colectiva", en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), "Los efectos de la negociación colectiva de la Reforma del Mercado de

obligatoriedad de su realización por parte del trabajador puesto a disposición, tal como se establece en algunos convenios colectivos de E.T.T.⁶⁷⁷, amparándose en la previsión contenida en el art. 35.4 E.T., según el cual “la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2”. Esta obligatoriedad implica, pues, la aceptación por la E.T.T. del pacto de realización de horas extraordinarias entre el trabajador cedido y la empresa usuaria. Fuera de estos casos, entiendo que sería necesaria la aceptación expresa por la E.T.T. de la realización de horas extraordinarias, de forma que prevalecería la primera de las interpretaciones expuestas, que se fundamenta en la teoría contractualista de los poderes empresariales, en función de la cual las partes del contrato de trabajo serán las únicas legitimadas para establecer las condiciones por las que han de regirse en el desarrollo de la relación.

Asimismo, no parece que haya ningún inconveniente en admitir la posibilidad de que el contrato de puesta a disposición se contemple expresamente el compromiso por parte de la E.T.T. de aceptar el pacto entre el trabajador y la empresa usuaria con respecto a la realización de horas extraordinarias, ya que estamos ante un contrato de naturaleza mercantil a través del cual las partes podrían establecer este tipo de cláusulas que afectan al régimen jurídico por el que van a regirse ambas empresas. Ahora bien, lo que no sería posible establecer en el contrato de puesta a disposición es la obligatoriedad de la realización de dichas horas por parte del trabajador temporal. Para ello será necesario el pacto en el contrato entre la E.T.T. y el trabajador de la obligatoriedad de la realización de dichas horas, si es que ello no se ha contemplado en el convenio colectivo de la E.T.T.. Del art. 35.4 E.T., transcrito anteriormente, puede extraerse esta conclusión, sin que pueda darse la posibilidad de que un contrato de

Trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1996, pág. 103-104, ha señalado que “el convenio de la E.T.T. sólo puede regular aquello que afecta a la relación contractual entre el trabajador interno o en misión y la E.T.T.”.

⁶⁷⁷ Vid. el art. 25 del Convenio Colectivo de Manpower Team (BOE 1-11-1994); art. 20 de People Justo a tiempo (BOE 5-1-1995); art. 23 de Alta Gestión (BOE 10-2-1995); art. 23 de Fidelio (BO Navarra 13-2-1995); art. 20 de People Málaga (BOP Málaga 16-3-1995); art. 22 ELAN Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa 28-3-1995); art. 19 Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid 1-5-1995); art. 21 Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

naturaleza mercantil como es el contrato de puesta a disposición pueda establecer condiciones que necesariamente implican el acuerdo entre el empresario formal del trabajador cedido -la E.T.T.- y éste. Hay que tener en cuenta que el art. 35.4 E.T. establece la voluntariedad básica de la realización de las horas extraordinarias por el trabajador como un elemento común de la razón de ser de la propia institución, lo cual significa que depende de la voluntad del trabajador la realización de las mismas⁶⁷⁸, por lo que no podrá obligarse al trabajador contratado por una E.T.T. a realizar horas extraordinarias si no es a través de los instrumentos que, excepcionalmente, habilitan al empresario y al trabajador para pactar la obligatoriedad de dichas horas.

3.2. La obligatoriedad de las horas extraordinarias en la negociación colectiva.

En relación a la obligatoriedad de las horas extraordinarias, la redacción habitual de las cláusulas contenidas en la negociación colectiva consiste en asignar la obligación al trabajador de la realización de horas extraordinarias cuando éstas tengan su causa en resolver pedidos o períodos punta de producción, ausencias imprevistas, mantenimiento, cambios de turno u otras circunstancias estructurales derivadas de la naturaleza de la actividad de la empresa, esto es, cuando se traten de horas extraordinarias estructurales⁶⁷⁹. Sin embargo, existen otras previsiones que atribuyen la obligación al trabajador de realizar las horas extraordinarias siempre que ello le venga impuesto por parte de la empresa usuaria. Tal es el caso de aquella cláusula en la que se establece que “si el horario legal de la empresa usuaria fuera superior, el trabajador

⁶⁷⁸ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AA.VV. (Dir: DE LA VILLA GIL, L.E.); “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 418.

⁶⁷⁹ Vid. art. 24 del Convenio Colectivo Gestión Temporal de Recursos Humanos (BOC Madrid 24-1-1995), según el cual, “a los efectos de lo dispuesto en el RD 92/1983, de 19 de enero se calificarán como horas extraordinarias estructurales las siguientes:

- a) Las necesarias por períodos punta de producción y/o prestación de servicios.
- b) Las originadas por ausencias imprevistas.
- c) Las que sean consecuencia de trabajos de mantenimiento.

También se considerarán como horas extraordinarias estructurales:

Aquellas que se realicen para la prestación de servicios que por urgencia no puedan ser sustituidas por la utilización de las modalidades de contratación legalmente previstas actualmente”.

Puede consultarse también el art. 23 de Alta Gestión (BOE 10-2-1995); art. 23 de Fidelio (BO Navarra

quedará obligado a realizarlo, teniendo consideración de extraordinarias aquellas horas que excedan de la cantidad antes especificada de trabajo efectivo⁶⁸⁰. En este punto podría plantearse la duda sobre si se estarían sobrepasando los límites razonables de imposición de las horas extraordinarias obligatorias⁶⁸¹, ya que se obliga a la realización de las mismas siempre que ello le venga impuesto al trabajador en misión por parte de la empresa usuaria, ya sean horas estructurales o no, y, por tanto, sea cual sea la causa justificativa.

Para un sector de la doctrina, el art. 35.1 E.T. no alude para nada a eventuales causas justificativas, con lo que, queda claro que su realización no requiere una motivación causal determinada⁶⁸². Sin embargo, otros autores han defendido la motivación causal de la realización de horas extraordinarias, como respuesta limitativa y racionalizadora frente a la generalización del trabajo extraordinario, de forma que así pueda limitarse una criticable práctica empresarial a la que se ha recurrido frecuentemente para eludir la contratación de nuevos trabajadores más que para atender a las necesidades excepcionales de la empresa⁶⁸³. A este argumento puede añadirse la constatable precariedad a la que está sometido el trabajador temporal como consecuencia de la corta duración de los períodos para los que es puesto a disposición, por lo que puede resultar abusivo el pacto de realización de horas extraordinarias que no vengan justificadas en función de las circunstancias excepcionales de la actividad productiva -pedidos imprevistos o períodos punta de producción, entre otras-, por lo que puede concluirse en la conveniencia de acoger esta segunda interpretación.

13-2-1995); art. 19 de Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid 1-5-1995).

⁶⁸⁰ Vid el art. 20 del Convenio Colectivo de People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995).

⁶⁸¹ Podrían aplicarse a este supuesto las consideraciones que lleva a cabo ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., “Poder de dirección y contrato de Trabajo”, op. cit., cuando señala que “un supuesto que, más allá de pactos de horas extraordinarias urgentes o estructurales, plantea el problema de interpretar hasta dónde vulnera el principio de voluntariedad, presumido en el caso del pacto por convenio. Habría que analizar razonablemente hasta qué punto, en un acuerdo del tipo descrito, el trabajador podría negarse a realizar dichas horas”.

⁶⁸² Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L; GARCÍA NINET, I; LÓPEZ GANDÍA, J.; SALA FRANCO, T., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 430.

⁶⁸³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AA.VV. (Dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 426; FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “Límites personales y materiales en la

Por otra parte, en aquellos casos en los que la obligatoriedad en la realización de las horas extraordinarias se ha condicionado a la circunstancia de que éstas sean estructurales, nos encontramos con el problema de a cargo de quién va a establecerse el control de dichas horas. El cumplimiento de las previsiones establecidas por la negociación colectiva suele someterse al control de los órganos de representación de los trabajadores o incluso a las comisiones paritarias del convenio, quienes suelen asumir la competencia de analizar las horas extraordinarias realizadas, de estudiar las causas que las originan y de formular las propuestas oportunas en relación con la materia⁶⁸⁴. Sin embargo, en los supuestos en que el trabajador es contratado a través de una E.T.T. se plantearán dos inconvenientes fundamentales a la hora de proceder al control de la realización de horas extraordinarias: la dificultad a la hora de la constitución de órganos de representación de los trabajadores en la E.T.T. y, en el supuesto de que los trabajadores que son contratados por E.T.T. dispongan de representantes, surgirá el problema de cómo proceder al control en una empresa usuaria que no es la suya propia.

3.3. La determinación temporal de la hora extraordinaria.

Por otra parte, es necesario delimitar a partir de qué momento se puede considerar que el trabajador puesto a disposición está realizando horas extraordinarias. El art. 35.1 ET las define las como “aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior”.

Una primera opción interpretativa estribaría en considerar como extraordinarias aquellas que sobrepasen la jornada habitual aplicable en la empresa usuaria. Para poder decantarnos por esta opción sería necesario llegar a la conclusión de que el poder de

prestación de horas extraordinarias”, en AA. VV. (Dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 479.

⁶⁸⁴ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas

dirección previsto en el art. 15 L.E.T.T. le atribuye a la empresa usuaria la facultad de concretar la distribución concreta de la jornada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, una vez establecido el horario por el empresario, éste va a incorporarse al contrato como parte de su contenido esencial, quedando así delimitado el ámbito temporal que, a partir de ese momento, pasa a formar parte de las condiciones sustanciales del contrato. Por lo tanto, si entendiésemos que la fijación del horario concreto de trabajo forma parte del ámbito del poder de dirección de la empresa usuaria, se estaría negando la esencia de dicha figura como una condición sustancial. Por el contrario, tal y como se ha señalado anteriormente, lo que sucede es que una vez se establece el horario por parte de la empresa e incorporándose, por tanto, como parte de su contenido, quedaría así delimitado el ámbito temporal en que posteriormente habrá de moverse el poder de dirección⁶⁸⁵. Esta conclusión no excluye, sin embargo, que a través del convenio colectivo de la E.T.T. se establezca que ésta acudirá al convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria para la delimitación concreta del horario aplicable al trabajador puesto a disposición. Pero, en cualquier caso, esta delimitación deberá incorporarse al contrato de trabajo celebrado con la E.T.T. y el trabajador, conclusión que se deriva de la asunción de la teoría contractualista de los poderes empresariales y de la consideración de la E.T.T. como empresario del trabajador. En base a esta opción interpretativa, parece que no podrán considerarse como horas extraordinarias aquellas que sobrepasen la distribución habitual de la jornada de la empresa usuaria si dicha distribución no ha sido incorporada previamente al contrato de trabajo llevado a cabo entre la E.T.T. y el trabajador cedido.

Esta afirmación nos lleva a exponer la segunda de las posibles opciones interpretativas, que consistiría en considerar horas extraordinarias todas aquellas que sobrepasen el límite de lo pactado entre el trabajador y la E.T.T., de forma que únicamente cuando el trabajador rebase la jornada concreta pactada entre ambos sujetos estaremos ante horas extraordinarias. De esta forma, en el supuesto de que se haya

extraordinarias”, op. cit., pág. 425.

⁶⁸⁵ Vid. ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., “Poder de dirección y contrato de Trabajo”, op. cit., pág. 236.

pactado en el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador una jornada inferior a la establecida en el convenio colectivo aplicable la E.T.T., deberá tomarse como referencia la distribución horaria determinada en el contrato de trabajo. Un problema similar ya se había planteado por la doctrina en relación a si debían considerarse como horas extraordinarias únicamente aquellas que superasen la jornada máxima legal, o si también debían considerarse como tales las que sobrepasasen la jornada vigente con carácter general en la empresa en virtud de las posibilidades de reducir la jornada a través de convenio colectivo o contrato individual, habiéndose decantado la doctrina por la segunda de las opciones⁶⁸⁶. En apoyo de esta interpretación cabe señalar que el art. 12.3 párrafo 2º E.T., al regular el trabajo a tiempo parcial, atribuye la consideración de horas extraordinarias a cada hora de trabajo que se realice sobre la jornada pactada en el contrato de trabajo, por lo que prevalece el concepto de jornada pactada con el trabajador en su concreto contrato de trabajo, y no aquél legal o convencionalmente establecido.

En relación al cómputo de las horas extraordinarias en las E.T.T., hay que señalar que la regulación contenida en los diferentes convenios colectivos de E.T.T. únicamente suele establecer que tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas que superen la duración de la jornada anual especificada en el mismo convenio⁶⁸⁷. Sin embargo, estas previsiones resultan bastante inoperantes, ya que en la mayoría de convenios colectivos se establece una duración anual y global de la jornada

⁶⁸⁶ Vid. DE LA VILLA GIL, L.E., “El concepto de hora extraordinaria”, en AA.VV., (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 372; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales”, en AA.VV., (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, págs. 83 y ss, autor que parte de la relación de complementariedad entre la ley (art. 34.1 E.T.) y el convenio colectivo o el contrato de trabajo, en virtud de la cual estos últimos podrán mejorar, pero nunca empeorar, lo dispuesto en aquélla. En relación al contrato de trabajo como instrumento para mejorar la regulación legal en materia de jornada, vid. GODINO REYES, M., “Autonomía colectiva y voluntad individual en la fijación de la jornada de trabajo”, en AA.VV. (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, págs. 107.

⁶⁸⁷ Vid. el art. 25 del Convenio Colectivo de Manpower (1-11-1994); art. 20 de People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995); art. 16 de AGIO (BOE1-2-1995); art. 23 de Alta Gestión (BOE 10-2-1995); art. 23 de Fidelio (BOP Navarra 13-2-1995); art. 23 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (BO Navarra 15-2-1995); art. 20 de People Málaga (BOP Málaga 16-3-1995); art. 22 ELAN Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa 28-3-1995); art. 19 de Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid 1-5-1995); art. 21 de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

que no permite delimitar cuando estamos ante tiempo ordinario de trabajo o bien ante horas extraordinarias. Por el contrario, para poder considerar cuándo nos encontramos ante éstas nos interesa más la distribución concreta que se haya llevado a cabo en el contrato de trabajo celebrado con el trabajador puesto a disposición, ya que el punto cronológico de donde hay que partir es el de la específica distribución de la jornada fijada en el convenio colectivo o contrato de trabajo, según autoriza el art. 34.1 E.T. “pues la distribución que al efecto se haga, con respeto de los períodos que se establecen como de inactividad, señala los límites de la jornada y, con ellos, lo que ha de suponer exceso retribuable, compensable, y, en su caso, computable”⁶⁸⁸.

3.4. El cómputo anual de las horas extraordinarias.

La duración anual de la jornada es, en líneas generales, el elemento de referencia a la hora de aplicar la limitación de establecida en el art. 35.2 E.T., es decir, la prohibición de realizar un número de horas extraordinarias superior a ochenta al año. Dada la corta duración de las misiones para las cuales es puesto a disposición el trabajador temporal, será de frecuente aplicación el inciso final del párrafo 2º de forma que, al realizar estos trabajadores una jornada anual inferior a la jornada general en la empresa, deberá reducirse dicho límite en la misma proporción que exista entre tales jornadas. Es decir, será de aplicación la reducción proporcional del límite general en función de la duración de su contrato de trabajo. En este sentido, la determinación anual de la jornada prevista en los diferentes convenios de E.T.T. va a constituir el elemento de referencia para poder determinar dicho límite. Ahora bien, en relación a la concreta delimitación de las horas extraordinarias realizadas por el trabajador puesto a disposición no es suficiente esta previsión de la jornada máxima anual, que no resulta operativa a la hora de determinar cuándo el trabajador ha traspasado el límite diario de su tiempo de trabajo ordinario y, por lo tanto, cuándo habrá de considerarse que estamos ante tiempo de trabajo extraordinario. En este sentido, hay que entender como hora

⁶⁸⁸ ROA RICO, L.F., “El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias”, en AA.VV., “La Reforma

extraordinaria aquella que se realiza por encima del horario de trabajo establecida para cada día en el calendario laboral anual. Pero también hay que tener presente que, como hemos visto en el apartado anterior, la mayoría de convenios colectivos de E.T.T. se remiten, a la hora de delimitar la distribución concreta de la jornada y del horario del trabajador puesto a disposición, al marco horario aplicable en la empresa usuaria. Este es, a modo de ejemplo, el caso del II Convenio Estatal de sector de E.T.T., en cuyo art. 32.2 se establece que 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, sólo en defecto de éste, se aplicará la duración de 1.790 horas de trabajo efectivo al año. Teniendo en cuenta la frecuente inclusión de estas cláusulas en la negociación colectiva, habrá de concluirse en la necesidad de acudir al convenio de la empresa usuaria para la delimitación de la concreta distribución diaria de la jornada de trabajo, pero, en última instancia, habrá que estar al contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, el cual, en función de las previsiones del convenio colectivo de la empresa usuaria y habiendo respetado los límites impuestos por éste, habrá delimitado dicha distribución diaria concreta de la jornada del trabajador cedido.

3.5. La retribución de las horas extraordinarias.

Con respecto a la retribución de las horas extraordinarias, el art. 35.1 E.T. señala que “mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido”. En este punto surgen dudas en relación a cuál va a ser el convenio colectivo aplicable, si el de la E.T.T. o el de la empresa usuaria donde el trabajador desempeña efectivamente sus servicios. Ya que nos encontramos dentro del aspecto retributivo de las horas extraordinarias, una posible solución sería aplicar las mismas previsiones que establece el art. 11.a) L.E.T.T. a este punto, esto es, remunerar las horas extraordinarias -bien sea a través de compensación dineraria o bien en períodos de

del Estatuto de los Trabajadores”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1994, pág. 128.

descanso- según lo que establezca el convenio colectivo de la E.T.T o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. Parecen seguir esta línea determinados convenios colectivos de E.T.T. en los que se ha previsto la regulación de la remuneración de las horas extraordinarias no dentro del capítulo del tiempo de trabajo -que sería, a mi entender, su lugar más adecuado-, sino dentro del de retribuciones salariales⁶⁸⁹. Algunos convenios de E.T.T. han previsto cuál ha de ser la cuantía que va a percibir el trabajador cedido cuando la empresa usuaria le encomiende la realización de horas extraordinarias y, así, en la mayoría de convenios colectivos se establece el valor de la hora ordinaria de trabajo⁶⁹⁰, siendo muy escasos los que asignan un incremento sobre dicha cuantía⁶⁹¹.

En numerosos convenios colectivos de E.T.T. se establece una cláusula, según la cual dicha empresa puede, de forma unilateral, optar por el abono de la hora extraordinaria en función de lo que establezca el convenio -como ya se ha visto es, en general, el valor de la hora ordinaria de trabajo- o bien por la sustitución del pago por descanso dentro de los cuatro meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias⁶⁹². Con la inclusión de dicha cláusula puede apreciarse que la mayoría de convenios de E.T.T. contravendrían lo dispuesto en el art. 35.1 del E.T., pues este precepto prevé expresamente el requisito del pacto en convenio colectivo -o, en su defecto, en contrato individual- de la opción entre la retribución o la compensación por descansos, lo que implica que las partes negociadoras opten libremente en favor de uno

⁶⁸⁹ Vid, por ejemplo, el art. 19 del Convenio Colectivo de ECCO, T.T. (BOE 4-11-1994); art. 16 de People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995); art. 19 de Bicolán (BOE 24-5-1996).

⁶⁹⁰ Vid., por ejemplo, el art. 25 del Convenio Colectivo de Manpower (BOE 1-11-1994); art. 16 de AGIO (BOE 1-2-1995); art. 23 de Alta Gestión (BOE 10-2-1995); art. 23 de Fidelio (BO Navarra 13-2-1995); art. 23 de ELAN Servicios Empresariales (BOP Guipúzcoa 28-3-1995); art. 19 Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid de 1-5-1995); art. 21 Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

⁶⁹¹ Art. 24 del Convenio de Gestión Temporal de Recursos Humanos (BOC Madrid 24-1-1995) que establece un incremento del 120% del valor de la hora ordinaria. En este convenio se reserva a la empresa de trabajo temporal la opción de abonar o bien compensar por tiempos de descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

⁶⁹² Vid. el art. 25 del Convenio Colectivo de Manpower (BOE 1-11-1994); art. 24 de Gestión Europea de Recursos Humanos (BOC Madrid 24-1-1995); art. 16 de Agio (BOE 1-2-1995); art. 18 de Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid 1-5-1995); art. 19 de Bicolán (BOE 24-5-1995).

u otro sistema retributivo⁶⁹³, y sólo en defecto de pacto se entenderá que las horas extraordinarias serán compensadas por descansos dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Sin embargo, lo que hacen estas cláusulas convencionales es atribuir la decisión a la empresa de trabajo temporal, asignándole una facultad que no le viene dada por el precepto al que se ha hecho referencia. Otros convenios establecen que las horas extraordinarias serán “preferentemente” compensadas por descansos, lo que tampoco resulta acorde con la regulación estatutaria de dichas horas, pues también en estos casos la facultad para decidir si la preferencia es por los descansos o por la retribución se dejaría al arbitrio de la E.T.T., lo que, como se ha visto, no resultaría acorde tanto desde el punto de vista de la regulación contenida en el art. 35.1 E.T. como desde la concepción contractualista de los poderes empresariales⁶⁹⁴.

En cuanto a la opción por la retribución por descansos, hay que destacar un posible problema a la hora de poner en práctica esta previsión. En este tema, hay que partir de la dificultad que supone el hecho de que en el art. 35 nada dispone sobre el momento en que deba disfrutarse dichos descansos⁶⁹⁵. A ello hay que añadir que, en el ámbito de las E.T.T., es la empresa usuaria en la que va a tener que llevar a la práctica dichos descansos, a través de su concesión al trabajador. De ahí que puede plantearse el problema de que la empresa usuaria no aplique a sus trabajadores este sistema por concurrir determinadas necesidades organizativas o productivas, por lo que esta opción puede resultar inoperante si la empresa usuaria se niega a la compensación de las horas extraordinarias por descansos, a pesar de que la E.T.T. haya escogido esta opción. En estos casos, considero que la empresa usuaria debería ajustarse a lo pactado entre la E.T.T. y el trabajador, y repetir, en su caso, de la E.T.T. aquellas cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios que le hubiese podido causar este pacto de

⁶⁹³ GARCÍA BECEDAS, G., “La compensación en descanso del trabajo extraordinario”, en AA.VV., (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 465.

⁶⁹⁴ Art. 24 de Tempo Grup (DOG Cataluña 28-4-1995).

⁶⁹⁵ En opinión de PRADOS DE REYES, F., “Jornada, horario y descansos en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 143, ha de entenderse que “es en el pacto donde, en su caso, se hubiera fijado la modalidad de pago, donde se ha de hacer previsión expresa acerca del tiempo en que deba disfrutarse dicho descanso”.

compensación por descansos. Pero esta es una cuestión a dilucidar entre ambas empresas, sin que el trabajador pueda verse afectado por una cuestión que afecta únicamente a la relación mercantil entre ambas empresas.

No obstante, si pasados los cuatro meses no se han compensado por descansos equivalentes la realización de dichas horas, el trabajador podría exigir a la E.T.T. la cuantía dineraria que corresponda, debiendo en este caso reclamar posteriormente ésta a la empresa usuaria las cantidades correspondientes. Esta interpretación es acorde -y entiendo que aplicable al caso objeto de análisis- con la que se ha dado por parte de la doctrina al último inciso del art. 35.1 E.T.⁶⁹⁶, de forma que los efectos del transcurso del período de cuatro meses impiden la compensación posterior por descansos, pero se mantiene la obligación de remunerar las horas extraordinarias, y, por tanto, su contraprestación dineraria en la cuantía que corresponda⁶⁹⁷ -del mismo modo que ocurre con las vacaciones, como se verá en el apartado siguiente-. El hecho de que el convenio aplicable al trabajador en este punto -el de la E.T.T.- prevea la compensación por descansos implica que la E.T.T. soportará el riesgo de que la empresa usuaria no proporcione dichos períodos de descanso al trabajador cedido. Por ello, lo más conveniente es que estas cuestiones se establezcan en el contrato de puesta a disposición entre ambas empresas, en orden a la posterior responsabilidad de la empresa usuaria frente a la de trabajo temporal con respecto al pago de dichas horas. Además, hay que tener presente que este tipo de previsiones son convenientes dada la corta duración de las misiones para las que, en la mayoría de los casos, va a ser puesto a disposición el trabajador temporal, ya que será frecuente que se originen dificultades a la hora de proceder a la compensación de las horas extraordinarias por tiempo de descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, ya que en el E.T. no se prevé el momento concreto del descanso. Por ello, resulta de interés que las dos empresas lleguen a un acuerdo que se ajuste a lo pactado entre el trabajador y la E.T.T..

⁶⁹⁶ Según el cual “en ausencia de pacto al respecto se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”.

⁶⁹⁷ Tal como señala ROA RICO, L.F. “El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias”, en AA.VV., “La Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., pág. 125.

4. Régimen jurídico de las vacaciones.

4.1. Supuestos en los que es posible la compensación económica.

En el art. 11.1. a) L.E.T.T. se establece que la remuneración correspondiente al trabajador puesto a disposición “deberá incluir, en su caso, la parte proporcional de pagas extraordinarias, festivos y vacaciones”. Ello supone una excepción a la regla contenida en el art. 38.1 E.T., según el cual el período de vacaciones anuales retribuidas no será sustituible por compensación económica, siendo ésta una garantía esencial para asegurar el descanso efectivo y, por tanto, la finalidad de la norma⁶⁹⁸. Esta misma regla del art. 38.1 E.T. se encuentra contenida en el art. 12 del Convenio 132 O.I.T., que prohíbe la renuncia a las vacaciones a cambio de “indemnización”. Asimismo, el art. 7.2 de la Directiva 93/104/C.E.E., relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁶⁹⁹, establece que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas “no podrá ser sustituido por una compensación financiera”.

De la redacción del art. 11.1. a) L.E.T.T. podría pensarse, en una primera aproximación, que dicha norma está contemplando la exclusión del disfrute de las vacaciones -e incluso de los festivos-, debiéndose de sustituirse dichos períodos por la correspondiente compensación económica⁷⁰⁰. Sin embargo, en lo que respecta al período vacacional, la mención “en su caso” implica, a mi entender, dos consecuencias. La primera que nada obsta para que se disfrute la parte proporcional que corresponda al trabajador en función del tiempo que haya transcurrido desde el inicio de la puesta a disposición⁷⁰¹, y la segunda, que en períodos superiores a un año habrá de entenderse

⁶⁹⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)”, *Tribuna Social*, nº 38, 1994, pág. 46.

⁶⁹⁹ D.O.C.E. de 17 de diciembre.

⁷⁰⁰ Esta es la opción interpretativa que suscribe GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 1996, pág. 20, al menos si la puesta a disposición es inferior al año.

⁷⁰¹ En este sentido, señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el Derecho Europeo”, en AA.VV. (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 151, que el art.

que el trabajador sí que ha generado el derecho a disfrutar del período vacacional. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la regulación contenida en la L.E.T.T. supone que sí que va a ser posible que se incluya el prorrateo de la parte proporcional de las vacaciones a lo largo de cada una de las remuneraciones mensuales del trabajador cedido. Hasta la promulgación L.E.T.T., la jurisprudencia únicamente venía admitiendo la sustitución del período vacacional por su equivalente económico en el caso de extinción de la relación laboral sin que se hubieran disfrutado las vacaciones correspondientes al último período trabajado⁷⁰², de forma que si el contrato de trabajo del trabajador se extingue antes de que el trabajador haya podido disfrutar de sus vacaciones, se le deberá retribuir en metálico, de forma proporcional al tiempo trabajado. Así pues, a pesar de la obligatoriedad de disfrutar del período vacacional y la no posibilidad de compensación económica, se da la circunstancia de que el empresario adeuda el importe de las vacaciones devengadas y no disfrutadas cuando el contrato de trabajo se extingue previamente a su disfrute⁷⁰³. Así se prevé también en el art. 11 del Convenio nº 132 O.I.T. y en el art. 7.2 de la Directiva 93/104/CEE.

En favor de la opción de conceder el disfrute del período vacacional únicamente si la puesta a disposición del trabajador es igual o superior a un año se ha decantado el II Convenio Estatal de E.T.T. (art. 37.4), cuando señala que los trabajadores en misión contratados temporalmente percibirán la compensación económica correspondiente a la falta de disfrute de vacaciones mediante su prorrateo mensual durante toda la vigencia del contrato de trabajo, salvo que la duración del mismo sea de un año o superior. En los supuestos en los que la duración del contrato sea inferior a un mes, el mismo precepto señala que la citada compensación económica deberá incluirse en la liquidación definitiva devengada a la fecha de extinción de la relación laboral. Esta aclaración no tiene demasiado sentido, si se piensa que art. 11.1.a) L.E.T.T. prevé la

11.1 LETT “parece partir de que las vacaciones de estos trabajadores siempre se compensan económicamente, lo que no termina de encajar bien con el tradicional principio general contrario”.

⁷⁰² Vid., a modo de ejemplo, la STSJ Aragón de 17-2-1993 (Ar. 567).

⁷⁰³ Tal como señala ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, Tribuna Social, nº 38, 1994, pág. 40, “la compensación en metálico de las vacaciones devengadas pero no disfrutadas es salario, sin que se vea el fundamento legal de darle a esta partida de la liquidación de haberes de un

inclusión de la parte proporcional de las vacaciones sin establecer distinción alguna en función de la duración del contrato. La explicación que podría darse a la inclusión de tal previsión podría estar en la voluntad, por parte de las partes negociadoras del convenio, de la aplicación de este régimen compensatorio en los supuestos específicos en los que la duración del contrato sea especialmente breve, precisamente porque es la corta duración de la puesta a disposición una de las notas características en la actividad de las E.T.T..

Otros convenios colectivos⁷⁰⁴ asignan el período de disfrute de vacaciones al término de la anualidad, salvo que la E.T.T. hubiese concertado con la empresa usuaria otro momento para adaptarlo a los criterios de planificación anual de las vacaciones. Esta previsión convencional es difícilmente conciliable con lo dispuesto en el art. 38.2 E.T., según el cual el período de disfrute de vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. En este punto, se ha señalado⁷⁰⁵ que el mencionado precepto exige que, a la hora de fijar el período de disfrute de las vacaciones habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el convenio colectivo, y, si éste no dispone nada, se podrá actuar con absoluta autonomía dentro de los límites legales⁷⁰⁶. Por consiguiente, la fijación del período de disfrute de vacaciones entre la E.T.T. y la empresa usuaria no podría realizarse libremente, sino que ambas deberían someterse a lo dispuesto en el convenio colectivo de la empresa usuaria sobre planificación anual de las vacaciones, e incluso, a los eventuales acuerdos entre la empresa usuaria y los representantes de los trabajadores, si éstos se hubiesen llevado a cabo. El contenido del convenio colectivo en este punto quedará constituido por aquellos criterios en orden a la

trabajador otra naturaleza diferente”.

⁷⁰⁴ Vid. el art. 29 del Convenio Colectivo de Manpower Team (BOE 1-11-1994); art. 22 de Grup Quatre Selecció (DOG Catalunya 20-3-1995); art. 22 de Teamwork (BOE 5-4-1995); art. 21 de Servicio y Organización del Secretariado (BOC Madrid 1-5-1995).

⁷⁰⁵ GARCÍA NINET, I., “Ordenación del Tiempo de Trabajo”, en AA.VV., “La Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1994, pág. 102.

⁷⁰⁶ A esta conclusión había llegado, con anterioridad a la Reforma de 1994 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el Convenio Colectivo”, MTSS, Madrid, 1987, pág. 352, según el cual “la previsión legal de que el período vacacional se fije por acuerdo individual es supletoria, de manera que sólo se aplicará y operará cuando

organización y planificación de las vacaciones, entendiéndose que quedan vinculados por ellos el empresario y los trabajadores⁷⁰⁷. En cualquier caso, y a pesar de que lo conveniente en estos casos es tener en cuenta los criterios fijados por la empresa usuaria y sus representantes para la fijación del período vacacional, también hay que tener en cuenta que la fijación se va a realizar, en último término, entre la E.T.T. y el trabajador cedido, ya que ésta constituye el empresario formal del trabajador puesto a disposición, y, por tanto, la fijación del período de vacaciones tendrá lugar entre ambos teniendo en cuenta los criterios seguidos en la empresa usuaria y también los intereses específicos del trabajador a considerar, por constituir esta materia una de las más susceptibles de negociación.

En los mismos convenios que han sido tenidos en consideración en el párrafo anterior se establece que si el contrato es inferior a un año, la empresa optará libremente por prorratear los treinta días naturales anuales en relación con el tiempo efectivo de trabajo realizado o bien abonar en el recibo de liquidación la parte correspondiente a las vacaciones a que el trabajador tenga derecho. Esta última previsión resulta criticable si se piensa que habrá casos en los que no será necesario el prorrateo de las vacaciones o el abono de éstas en el recibo de liquidación, debido a que, en función de la fecha de disfrute de las mismas por el personal de la empresa usuaria, podría el trabajador acoplar la duración de su contrato al derecho al disfrute de las vacaciones. Todo depende de las circunstancias concretas predicables de cada puesta a disposición. Esta problemática ya se había planteado, de forma similar, en relación a los trabajadores con contratos de duración determinada, con respecto a los cuales un sector de la doctrina era de la opinión que habían de disfrutar efectivamente de las vacaciones durante y previamente a la expiración de sus contratos, de forma que, cuando el contrato sea inferior a un año, éstos tendrán una duración de las vacaciones proporcional al tiempo

no exista acuerdo colectivo que fije aquél período para todo el personal”.

⁷⁰⁷ GARCÍA NINET, J.I. y LLEÓ CASANOVAS, B., “La fijación del período vacacional. El calendario de las vacaciones, *Tribuna Social*, nº 38, pág. 24.

efectivamente trabajado, sin que sea aceptable entender que deba procederse siempre a la compensación en metálico de las vacaciones de dichos trabajadores⁷⁰⁸.

Por otra parte, la opción de abonar en el recibo de liquidación la parte correspondiente a las vacaciones no se contempla expresamente en el art. 11.1.a) L.E.T.T., que únicamente parece referirse al prorrateo mensual de la compensación económica equivalente; en este sentido, puede apreciarse que estos convenios de E.T.T. han trasladado aquí la jurisprudencia a la que se ha aludido anteriormente, que permite la liquidación económica al término de la relación laboral sin que se hayan disfrutado las vacaciones correspondientes al último período trabajado. En otros convenios colectivos, por el contrario, sólo se prevé el prorrateo mensual del equivalente económico correspondiente⁷⁰⁹. Así pues, tanto el art. 11.1.a) como los diferentes convenios colectivos han venido a establecer excepciones a la regla general de que el derecho a las vacaciones no es sustituible por compensación económica y que se genera en proporción a la duración del tiempo trabajado.

4.2. La determinación del período de disfrute de las vacaciones.

Una previsión muy frecuente es la negociación colectiva estriba en condicionar el disfrute vacacional a las necesidades de la empresa usuaria. Aunque en un principio se establece la duración del disfrute de las vacaciones al término de la anualidad, los convenios de E.T.T. establecen la excepción en función de que no se haya pactado otro período según las necesidades organizativas y productivas de la empresa usuaria⁷¹⁰. Esta

⁷⁰⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)”, op. cit., pág. 46-47, señala que “por el contrario, la compensación en metálico debe ser posible únicamente cuando el disfrute efectivo es impracticable; por ejemplo, si toda la plantilla disfruta de las vacaciones en unas fechas posteriores a la terminación del contrato del contratado por tiempo determinado”.

⁷⁰⁹ Vid. art.28 del Convenio Colectivo Trabajo y Empleo de Trabajo temporal (BOP Almería de 19-12-1996); art. 25 de Gestión Empresarial de Recursos Humanos (BOC Madrid de 24-1-1995); art. 24 Gestión temporal de Recursos Humanos (BO Navarra de 15-2-1995); art. 22 Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

⁷¹⁰ Art. 24 del Convenio Colectivo de Gestión Empresarial de Recursos Humanos (BOCM 24-1-1995); art. 24 de ELAN (BOP Guipúzcoa 28-3--1995), art. 22 de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

regulación convencional pasa por alto que según el art. 38.2 E.T. el período o períodos de disfrute de las vacaciones se fijarán de común acuerdo entre empresario y trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos. De la regulación convencional parece desprenderse que el objetivo prioritario es la adaptación de la duración del disfrute de las vacaciones a los períodos fijados por la empresa usuaria. Aunque es lógico que la E.T.T. adapte la fijación del período de vacaciones a las necesidades organizativas de la empresa usuaria, hay que tener en cuenta que también habrán de ponderarse otros elementos, como, por ejemplo, la finalidad que posee esta institución, por lo que no parece demasiado acorde con ella asignar el período de vacaciones si únicamente ha transcurrido, a modo de ejemplo, un mes desde que el trabajador ha sido contratado por la E.T.T. para prestar sus servicios en la empresa usuaria.

También puede plantearse cuál es la situación del trabajador puesto a disposición cuando la empresa procede al cierre de actividades por vacaciones y al trabajador cedido no le ha correspondido este disfrute. Algunos convenios colectivos de E.T.T. prevén la figura de la suspensión (art. 45.2 E.T.), lo cual demuestra la conveniencia -antes puesta de manifiesto- de intentar dar satisfacción en cada supuesto de puesta a disposición, en la medida de lo posible, a las pretensiones del trabajador en función de las concretas circunstancias de la actividad en la empresa usuaria. De ahí que no haya que proceder, sin más, a la aplicabilidad directa de las cláusulas de los convenios colectivos que prevén, sin tener en cuenta más circunstancias, la suspensión de actividades del trabajador puesto a disposición, del mismo modo que -tal y como ha sido expuesto anteriormente- podría resultar inconveniente la aplicabilidad, sin haberse valorado otras posibles soluciones susceptibles de ser aplicables, de las cláusulas convencionales que establecen la previsión de prorratear los treinta días naturales anuales en relación con el tiempo efectivo de trabajo realizado o bien abonar en el recibo de liquidación la parte correspondiente a las vacaciones a que el trabajador tenga derecho.⁷¹¹. En estos casos se

⁷¹¹ Art. 24 del Convenio Colectivo de Gestión Temporal de Recursos Humanos (BO Navarra 15-2-1995); art. 24 de ELAN (BOP Guipúzcoa 28-3-1995); art. 23 Tempo Grup (DOGC 28-4-1995); art. 22 de

trata de hacer compatible la previsión del art. 38.2 E.T. -según el cual “el período de disfrute de vacaciones se fijará de común acuerdo entre empresario y trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones”- con las circunstancias organizativas de la empresa usuaria. Es decir, el acuerdo al que han de llegar la E.T.T. y el trabajador se ve condicionado ante la realidad de que es la empresa usuaria -y no la E.T.T.- la que posee las necesidades organizativas concretas en función de las circunstancias específicas de su actividad. Así pues, resulta lógico que, a la hora de pactar entre la E.T.T. y el trabajador la fijación del período vacacional, se tengan en cuenta las circunstancias concurrentes en la empresa usuaria, especialmente el momento en que dicha empresa procede a la paralización de la actividad productiva. Ello podría tener como consecuencia que el disfrute de las vacaciones pueda adaptarse al período en que tenga lugar dicha paralización de actividades, y, por lo tanto, a veces no resultará conveniente la aplicación de la figura de la suspensión del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición.

VI. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.

1. La determinación inicial del lugar de la prestación de trabajo.

Previamente al análisis de los diferentes supuestos de movilidad geográfica del trabajador contratado por una E.T.T., es conveniente el estudio de una cuestión previa: la determinación inicial del lugar de la prestación de servicios de aquél. El art. 8.1 E.T. establece que “el contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra”, exceptuándose de esta libertad formal aquellas modalidades previstas en el párrafo segundo del mismo precepto, en el cual también se contiene la obligación de celebrar por escrito aquellos contratos “cuando así lo exija una disposición legal”. Éste es el caso del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, para el que se prevé la exigencia de la forma escrita (art. 10.1 L.E.T.T.) en los términos que reglamentariamente se determinen, lo que a su vez viene dispuesto en el art. 15 R.E.T.T..

En relación a los datos que debe contener el contrato de trabajo, figura el lugar de trabajo (art. 15.2 g y 15.3.e R.E.T.T.), mención que posee una especial importancia si tenemos en cuenta que en nuestra normativa laboral común no existe una exigencia específica en relación a la determinación inicial del lugar de trabajo donde debe prestar sus servicios el trabajador⁷¹². Así pues, la normativa de E.T.T. es más exigente en este punto, ya que la necesidad de delimitar el elemento locacional de la prestación laboral no se ha visto reflejada en nuestra regulación a través de la consideración del lugar de trabajo como elemento esencial del contrato, dado que esta afirmación no encuentra en el E.T. una consagración expresa. En este sentido, el art. 8.4 E.T. establece que, en

⁷¹² Como criterio interpretativo se viene aceptando las reglas del art. 1171 del Código Civil, según el cual el lugar de cumplimiento de la prestación será, en primer término, el que se hubiese designado por las partes y, en su defecto, el derivado de la naturaleza de la prestación o, a falta de éste, aquél que resulte menos oneroso para el deudor, criterio que puede ser de utilidad cuando no pueda recurrirse a los otros por faltar el acuerdo entre las partes. En este sentido se pronuncia AGÍS DASILVA, M., “La

aquellos casos en los que la relación laboral sea superior a cuatro semanas “el empresario deberá informar por escrito al trabajador en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”, sin que se haya llevado a cabo, hasta el momento, el referido desarrollo reglamentario.

La mención expresa en el R.E.T.T. podría fundamentar, en mi opinión, la postura de que el lugar de determinación de la prestación de trabajo no puede tener la consideración de mero elemento accidental o indicativo, sino que constituye un elemento esencial del contrato, máxime si se tiene en cuenta que su fijación posee una trascendencia fundamental en relación a los posibles cambios de residencia que llevase a cabo la empresa usuaria, en orden a la aplicación de las normas que sobre la movilidad geográfica se contienen en el art. 40 E.T. Asimismo, la exigencia de delimitación del lugar de la prestación de servicios es importante en función de los posibles cambios de lugar de trabajo que, sin entrar dentro del concepto de traslado o desplazamiento del art. 40, sí que modifiquen sustancialmente la situación laboral pactada inicialmente por el trabajador, y que, en consecuencia, dudosamente entrarían dentro del poder directivo empresarial asignado por el art. 15.1 L.E.T.T.. Esta opción resulta coherente con la tesis contractualista por la que se ha optado inicialmente, en el sentido de que, dentro de las prerrogativas que la empresa usuaria posee como titular de la potestad directiva atribuida por el citado precepto, no se incluiría el poder de modificar el lugar de trabajo inicialmente pactado entre la E.T.T. y el trabajador. Por otra parte, esta obligatoria mención al lugar donde el trabajador desempeña la prestación de servicios en la normativa reguladora de las E.T.T. llevaría a concluir en favor de la calificación del lugar de trabajo como elemento esencial del contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que ésta es precisamente la calificación que lleva a cabo el art. 2.2.b) de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario

determinación inicial del lugar de la prestación laboral”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, abril-junio, 1995, pág. 27.

de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral⁷¹³.

Por otra parte, es necesario establecer cuáles son los criterios que han de seguirse en relación a la adscripción del trabajador a un concreto centro de trabajo. Ello se conecta con la problemática relativa a si es posible la adscripción plural -es decir, a más de un centro de trabajo- del trabajador puesto a disposición. El problema suscita un especial interés si se tiene en cuenta que algunos convenios colectivos de E.T.T. llevan a cabo una adscripción plural del trabajador a varios centros de trabajo. En particular, y para eludir los problemas que pueden suscitar la presencia de dos empresas -la de trabajo temporal y la usuaria-, los convenios citados suelen llevar a cabo la adscripción del trabajador puesto a disposición tanto al domicilio de la E.T.T. como al de la empresa usuaria, o bien reservar a la empresa la facultad de distribuir su personal en función de sus facultades de organización, de la forma más racional y adecuada a los fines productivos de la misma⁷¹⁴.

A favor de tales cláusulas podría argumentarse que, a falta de regulación aplicable, no habría ningún obstáculo a la hora de realizar esta adscripción plural, opción que supondría dotar de un especial protagonismo a las necesidades organizativas de ambas empresas, de manera que se estaría así fomentando un mayor margen de maniobra a la hora de proceder a un hipotético cambio del lugar de trabajo. Sin embargo, creo que resulta conveniente mantener un modelo de adscripción geográfica singular a un único centro de trabajo. En primer lugar, porque la mención al lugar de

⁷¹³ DOCE, serie L, de 18 de octubre de 1991. Señala el art. 2.2.b) que constituye un elemento esencial del contrato de trabajo “el lugar de trabajo; a falta de lugar fijo o predominante de trabajo, el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede, o en su caso, el domicilio del empresario”.

⁷¹⁴ Tal como prevé el art. 4 del Convenio Colectivo de ECCO (BOE 4-11-1994), art. 16 de TEMPS (B.O. Comunidad de Madrid 21-12-1994), art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. (BOE 3-3-1997), art. 15 de Laborman (BOE 2-2-1995), art. 11 de Administración y Gestión de Personal (B.O.P. Málaga 6-2-1995), art. 15 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O. Navarra 15-2-1995), art. 14 de ADIM (B.O. Comunidad de Madrid 21-2-1995), art. 15 de FASTER Ibérica (BOE 10-3-1995), art. 15 de Grup Quatre Selecció (D.O. Generalitat de Catalunya 20-3-1995), art. 20 de ELAN Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), art. 15 de Teamwork (BOE 5-4-1995), art. 18 de Tempo Grup (D.O.

trabajo en el contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador (art. 15.2.g y 15.3.e R.E.T.T.) está formulada singularmente. Asimismo, la asunción del criterio de asignación única a un centro de trabajo resulta conveniente en aras de fomentar la seguridad jurídica del trabajador puesto a disposición, el cual no debería encontrarse sometido a un plus de precariedad en sus condiciones laborales más allá de la que supone el tipo de actividad que éste lleva a cabo.

Pero quizás la razón más importante estriba en el hecho de que, de la lectura del art. 40 E.T., parece deducirse la asunción de dicho modelo de adscripción única a un centro de trabajo. En este sentido, el mencionado precepto se refiere a traslados de trabajadores “a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia”, por lo que la mención en singular a un centro de trabajo diferente parece partir de dicha adscripción singular⁷¹⁵. Ello se conecta con la definición que del centro de trabajo lleva a cabo el art. 1.5 E.T., según el cual “a efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”. Tal como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el hecho de que la ley defina lo que se entiende por centro de trabajo estriba en la voluntad de la misma de no dejar a las partes la determinación de lo que ha de entenderse por éste, lo que posee trascendencia tanto en las relaciones laborales individuales como en las colectivas. El legislador manifiesta, de este modo, su preferencia por el hecho de que el empresario utilice las estructuras jurídicas empresariales para incrementar su libertad empresarial en función de las características que se asignen al concepto de centro de trabajo⁷¹⁶. Por ello, ha de prevalecer una noción de centro de trabajo que responda a ciertos parámetros de objetividad. Por las características específicas que presenta la relación entre el trabajador puesto a disposición y ambas empresas, resulta de gran utilidad el criterio de la “autonomía” del

Generalitat de Cataluña 28-4-1995), art. 15 de Gonzal Gestión (B.O. Comunidad de Madrid 1-5-1995), art. 16 Bicolán (BOE 24-5-1995), art. 4 de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

⁷¹⁵ AGÍS DASILVA, M., “La determinación inicial del lugar de la prestación laboral”, op. cit., pág. 24.

⁷¹⁶ SALA FRANCO, T., y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El concepto de centro de trabajo. Problemas interpretativos del art. 1.5 E.T.”, Actualidad Laboral, nº 33, 1985, pág. 1650 subrayan que “la ratio legis

centro de trabajo como criterio organizativo laboral, es decir, la existencia de una autonomía organizativa entendida como autonomía en el ejercicio del poder de dirección del trabajo, dentro de la organización superior y global de la empresa⁷¹⁷. Ello nos conduce a estimar como criterio idóneo el lugar donde el trabajador va a desarrollar la prestación de servicios en la empresa usuaria, todo ello en vistas a lograr un criterio más o menos uniforme a la hora de realizar la asignación concreta del trabajador puesto a disposición.

2. El régimen jurídico de la movilidad geográfica en las empresas de trabajo temporal.

2.1. La determinación de la empresa que puede impartir la orden de movilidad geográfica.

El traslado regulado en el art. 40 E.T. se configura como un supuesto de movilidad geográfica que implica un cambio de puesto de trabajo a un centro de trabajo distinto de la empresa, con vocación de permanencia y que exige el cambio de residencia del trabajador. Por su parte, el desplazamiento se caracteriza por constituir un cambio geográfico temporal que implica que el trabajador varía su residencia provisionalmente. A la hora de aplicar estos conceptos al trabajador contratado por la E.T.T., es necesario volver a insistir sobre las peculiaridades que surgen como consecuencia del peculiar sistema de distribución de poderes empresariales que lleva a cabo la L.E.T.T.. En una relación bilateral típica, uno de los primeros obstáculos con los que nos encontramos estribaría en la delimitación de cuándo se produce un cambio de residencia del trabajador, teniendo que partir -a la hora de analizar los supuestos de movilidad geográfica del trabajador- del concepto de cambio de residencia en el E.T. Ahora bien, el principal problema a analizar en el supuesto en el que el trabajador es contratado por una E.T.T. es anterior a cualquier cuestión de índole conceptual relativa

es definir para limitar la libertad empresarial o sindical a la hora de decidir la calificación de los centro de trabajo como tales”.

⁷¹⁷ SALA FRANCO, T., y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El concepto de centro de trabajo. Problemas interpretativos del art. 1.5 E.T.”, op. cit., pág. 1654.

a los distintos elementos que conforman la movilidad geográfica del trabajador, pues en el caso concreto del trabajador puesto a disposición la cuestión más importante estriba en dilucidar si la empresa usuaria posee la facultad para llevar a cabo posibles cambios en el lugar de la prestación de servicios que constituyan supuestos de movilidad geográfica. Así pues, es necesario delimitar si la movilidad geográfica del trabajador contratado por la E.T.T. podría considerarse inmersa dentro de las facultades que integran el poder de dirección y control de la actividad laboral que ostenta la empresa usuaria según el art. 15 L.E.T.T..

En mi opinión, la posibilidad de que la empresa usuaria lleve a cabo una modificación susceptible de ser considerada como un supuesto de movilidad geográfica no resulta aceptable desde una perspectiva contractualista de los poderes empresariales, lo que lleva a defender la postura, desde esta misma óptica contractualista, de que la empresa usuaria no puede llevar a cabo dichas modificaciones de la prestación laboral, posición que puede justificarse en función de una serie de razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, hay que señalar que la exigencia de que el lugar de trabajo se haga constar en el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador supone una concreción de las circunstancias en la que se desarrolla la prestación de servicios que abunda en el papel limitador que el contrato de trabajo posee con respecto a los poderes empresariales. El lugar de trabajo no sólo se configura como un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que además constituye un aspecto que queda inmerso dentro de la relación laboral que une al trabajador puesto a disposición con su empresario real -la E.T.T.-, sin que la empresa usuaria pueda modificar lo pactado entre las partes en función de sus necesidades organizativas. En la normativa laboral, la movilidad que tiene lugar en el seno de la empresa tiene repercusiones en la relación de trabajo, en cuanto que introduce modificaciones en la prestación comprometida por el trabajador, concretamente en el lugar en el que se desarrolla la prestación de servicios. En consecuencia, el cambio en el lugar de trabajo suscita reacciones encontradas entre

las dos partes del contrato de trabajo, ya que, mientras el empresario es favorable a la movilidad de la mano de obra, el trabajador posee un claro interés a la inamovilidad⁷¹⁸. Como consecuencia de esta disparidad de intereses, la normativa laboral regula las facultades empresariales en relación a la movilidad de sus trabajadores, sometiendo ésta a una serie de requisitos y limitaciones, con el objeto de equilibrar las posiciones de ambas partes. Nos encontramos pues, que, por una parte, la normativa laboral intenta armonizar los intereses de las partes en el contrato de trabajo, y, por otra, la empresa usuaria no puede ser calificada como parte del contrato, pues este lugar es ocupado por la E.T.T..

Otra de las razones que puede alegarse en contra de la posibilidad de que la empresa usuaria realice modificaciones de esta índole sería que con ello no sólo se estaría admitiendo que el contenido del contrato fuese modificado por la voluntad de una sola de las partes -en abierta contradicción con la propia regla de la bilateralidad establecida en el art. 1256 del Código Civil-, sino que además en este caso concreto ni siquiera es predicable de la empresa usuaria la condición de parte contratante, ya que los sujetos que llevaron a cabo la celebración del contrato de trabajo fueron la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición. En el momento de la celebración del contrato entre la E.T.T. y el trabajador ha tenido lugar la determinación del objeto contractual, para lo cual ambos sujetos han pactado el contenido y los límites de la obligación del trabajador, entre ellos el lugar de trabajo, según dispone el art. 15.2.g) R.E.T.T., lo que permitirá identificar las tareas exigibles aquél en el marco de unas condiciones laborales determinadas, sirviendo éstas de marco a las facultades directivas del empresario. Tal como establece el art. 20.1 E.T., “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”, lo que en el ámbito de las E.T.T. obliga a prestar una especial atención en el calificativo de trabajo *convenido*, siendo los sujetos que convienen las condiciones de ejecución de la actividad laboral el propio trabajador y la E.T.T..

⁷¹⁸ GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 13.

Hay que matizar que el hecho de que la E.T.T., como sujeto que ostenta la cualidad de empresario, lleve a cabo las modificaciones relativas al lugar de trabajo tampoco elimina los problemas que se suscitan como consecuencia de la relación triangular, pues se traslada al verdadero sujeto contractual la responsabilidad de decidir si las circunstancias que se dan en la empresa usuaria poseen la suficiente entidad para que las modificaciones tengan una justificación causal adecuada, tal como se verá más adelante. Ahora bien, lo que aquí interesa resaltar es que la opción mantenida en contra de que la empresa usuaria pueda llevar a cabo modificaciones en el lugar de la prestación de trabajo no ha de entenderse como una absoluta inamovilidad de la prestación laboral, ya que lo que se está defendiendo es que la empresa usuaria no lleve a cabo modificaciones sustanciales que alteren el contenido de lo pactado, por lo que se mantiene -en base a la potestad directiva reconocida en el art. 15.1 L.E.T.T.-, el poder de especificación y el reconocimiento de la posibilidad de introducir modificaciones, siempre que éstas no afecten a condiciones esenciales de la relación laboral. En definitiva, difícilmente puede la empresa usuaria modificar el contenido de la prestación laboral cuando ni siquiera ha formado parte del negocio jurídico contractual en el momento de celebrar el contrato de trabajo con el trabajador. Por todo lo cual, cualquier argumentación que se apoye en la ampliación de las facultades empresariales llevada a cabo por la reforma introducida por la Ley 11/1994, no posee, a mi juicio, la suficiente entidad como para justificar que un sujeto que no ha formado parte en la celebración de un contrato de trabajo pueda posteriormente pasar a decidir unilateralmente cambios que afectan al lugar de trabajo como condición sustancial de la relación laboral. Así pues, la flexibilidad que se ha operado en este ámbito no justifica la ampliación de las potestades organizativas a un sujeto que queda fuera del esquema contractualista del pacto celebrado entre la E.T.T. y el trabajador.

De aceptarse la posibilidad de modificar el lugar de trabajo por la empresa usuaria, ello supondría asumir una función institucionalista o comunitarista de empresa, según la cual el trabajador quedaría subordinado a las necesidades de la empresa usuaria

por el mero hecho de integrarse en la estructura productiva de la misma, y, correlativamente, se estaría prescindiendo de la función delimitadora que el contrato de trabajo debe cumplir con respecto a los poderes empresariales. Por el contrario, la opción por la tesis contractualista de los poderes empresariales aplicada a los casos de movilidad geográfica en las E.T.T. implica que tanto los traslados como los desplazamientos suponen una modificación sustancial⁷¹⁹ del lugar pactado en el contrato de trabajo -bien de forma definitiva o temporal, respectivamente-, por lo que el empresario usuario se excedería de la facultad de especificación de la prestación laboral pactada, incidiendo en la esfera jurídica del trabajador puesto a disposición que vería así vulnerado el margen de seguridad jurídica que le venía garantizada por el contrato celebrado con la E.T.T..

Esta interpretación viene reforzada por la propia dicción del art. 40 E.T., que exige que el traslado de trabajadores se lleve a cabo en un centro de trabajo distinto *de la misma empresa*. Aparecen así dos conceptos jurídicos a la hora de aplicar el régimen jurídico de la movilidad geográfica: por una parte, el centro de trabajo como unidad de partida y de destino, y el concepto de empresa como ámbito dentro del cual han de llevarse a cabo necesariamente los cambios. Surgen, por consiguiente, serias dudas a la hora de aplicar el art. 40 E.T. en el ámbito de las E.T.T., al no existir una única empresa, sino dos, una de ellas donde se producen las necesidades organizativas que provocarían, en su caso, la movilidad del trabajador -la empresa usuaria- y otra que mantiene con el trabajador el vínculo contractual como consecuencia de la celebración previa del contrato de trabajo -la E.T.T.-. A la hora de analizar este problema interpretativo, puede ser de utilidad las soluciones que, tanto la doctrina como de la jurisprudencia, han dado al concepto de empresa del art. 40 E.T. Sobre esta cuestión, resulta comúnmente admitido que las previsiones del art. 40 no serán aplicables a los traslados entre las distintas unidades empresariales, por ser éstas empresas diferenciadas, excluyéndose, como consecuencia de lo anterior, el traslado entre

⁷¹⁹ Como tal se califica por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El límite del año en los desplazamientos laborales", *Actualidad Laboral*, nº32, 1990, pág.1397.

empresas pertenecientes al mismo grupo. En este sentido, la jurisprudencia raras veces ha admitido la movilidad geográfica de los trabajadores entre empresas del mismo grupo, siendo más bien proclive a la exclusión de estas transferencias de personal del ámbito del art. 40 E.T. De este modo, la línea jurisprudencial mayoritaria parte de la independencia formal de las empresas del grupo, llegando incluso a considerar estos casos como supuestos extintivos seguidos de la posterior suscripción de un nuevo contrato⁷²⁰.

Lo cierto es que las vías de solución aportadas tanto por la doctrina⁷²¹ como por la jurisprudencia han discurrido fuera de los cauces del art. 40 E.T., como consecuencia de una interpretación literal de dicho precepto, por referirse éste a la movilidad geográfica entre centros de trabajo de una misma empresa. Difícilmente, pues, resultará aceptable que las órdenes emanadas por la empresa usuaria puedan verse materializadas a través de un efectivo cambio en el lugar de trabajo del trabajador puesto a disposición, ya que la empresa usuaria posee su sustancialidad propia como empresa, independientemente de la que autonomía empresarial que también es predicable de la E.T.T., siendo esta última la que ha celebrado el contrato de trabajo con el trabajador puesto a disposición. Cada una de las empresas constituyen entidades autónomas alrededor de las cuales se desarrolla una tarea productiva y se crean unas determinadas relaciones de trabajo, por lo que, siguiendo el concepto de empresa elaborado por CAMPS RUIZ⁷²², ambas aparecen como una unidad organizada y organizadora de un conjunto de medios materiales y humanos tendentes a la obtención de un fin. Siguiendo

⁷²⁰ Vid., a modo de ejemplo, la STS 27-3-1989 (Ar. 2416), en la que se pone de manifiesto que, en virtud del pacto válidamente suscrito, se extinguió una relación laboral y se inició una nueva con otra empresa del mismo grupo, lo que no puede considerarse como traslado.

⁷²¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos. El caso español”, Documentación Laboral, nº 33, 1991, pág. 37 y ss, ofrece la solución de entender este tipo de transferencias de personal como novación contractual modificativa con cambio de acreedor, pues ello “permite la conservación del contenido del contrato, obviando los perjuicios que de la solución de continuidad de la relación derivan -entre ellas la conservación de la antigüedad del trabajador-”. CAMPS RUIZ, L.M., “Tratamiento jurídico-laboral de los grupos de sociedades”, MTSS, Madrid, 1986, y, del mismo autor, “Tratamiento legal de los grupos de sociedades”, Actualidad Laboral, nº 34, 1990, pág. 406 y ss.

Vid., asimismo, MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 62, 1993, págs. 934 y ss.

esta interpretación, la conclusión lógica sería, pues, que las decisiones que lleve a cabo la empresa usuaria dentro de su ámbito organizativo y productivo no vinculen aquellas otras decisiones que a su vez deba tomar la E.T.T. como empresario real que es del trabajador puesto a disposición, tomando siempre como referencia el tenor literal del art. 40 E.T., según el cual la movilidad geográfica se ha de llevar a cabo en un centro de trabajo distinto *de la misma empresa*.

Otra razón de la exclusión de los traslados y los desplazamientos del ámbito del poder de dirección de la empresa usuaria radica, en primer lugar, en la exigencia de causalidad predicable de ambos institutos jurídicos -según el art. 40 E.T.-, así como de la consideración de los mismos como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exceden de la consideración de meras especificaciones de la prestación, esto es, del poder de dirección en sentido estricto. Esta consideración de los supuestos de movilidad geográfica en las empresas usuarias como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo es predicable, a mi entender, tanto de los traslados como de los desplazamientos. Y ello porque, a pesar de ser una modificación sustancial con características particulares -por su repercusión en el lugar de residencia del trabajador-, la coincidencia entre las reglas que se ocupan de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se pone de manifiesto en tres datos⁷²³: en primer lugar, existe una identidad de causas que pueden justificar la medida empresarial de una y otra; en segundo lugar, en ambos casos se traza una importante distinción entre las decisiones de alcance individual y las de carácter colectivo y, por último, en ambos supuestos ha desaparecido la tradicional exigencia de autorización administrativa a partir de la reforma operada por la Ley 11/1994. Con respecto a los traslados, la misma conclusión puede extraerse si se realiza una lectura conjunta o sistemática de los arts. 40 y 41 E.T., preceptos de los cuales se deriva el carácter de unilateralidad, permanencia, esencialidad y sustancialidad de este tipo de cambios en el

⁷²² CAMPS RUIZ, L. M., “Régimen laboral de la transmisión de empresa”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 23 y 24.

⁷²³ GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., págs. 49 y 50.

lugar en el que se desarrolla la prestación del trabajador puesto a disposición, al ponerlo así de manifiesto la mención que a los mismos realiza el art. 41 E.T., para remitirse al régimen previsto en el art. 40 E.T.

En cuanto a los desplazamientos, MONTOYA MELGAR ha señalado la inclusión de los desplazamientos temporales dentro de un poder “fuerte” a la hora de que el empresario decida modificaciones excepcionales de la prestación laboral, justificando esta interpretación en el hecho de que el desplazamiento es menos gravoso para el trabajador que el traslado definitivo⁷²⁴. Sin embargo, a mi entender, la calificación de la facultad de llevar a cabo desplazamientos como poder débil -siguiendo la terminología empleada por el autor citado- y la consiguiente exclusión del poder de dirección de la empresa usuaria se justificaría en la exigencia de causalidad que también es predicable de este tipo de movilidad geográfica, así como de la limitación temporal que se impone al empresario para que sea efectiva la aplicación de su régimen diferenciado⁷²⁵ -doce meses en un período de tres años, por lo que en el supuesto de sobrepasarse dicho límite, el cambio en el lugar de trabajo habrá de reconducirse al régimen de los traslados (art. 40.4 E.T.)-.

Reforzando esta interpretación, podría alegarse que en los casos en los que los desplazamientos tienen lugar en el ámbito de las empresas usuarias puede resultar difícil la aplicación de los límites temporales, especialmente si se toma en consideración los cortos períodos de tiempo para los cuales el trabajador va a ser puesto a disposición, lapsos temporales que ni siquiera llega al período de referencia anual en aquellos supuestos del contrato de puesta a disposición cuya causa radica en la eventualidad y en la cobertura temporal de un puesto mientras dura el proceso de selección o promoción -

⁷²⁴ MONTOYA MELGAR, A., “Poder del empresario y movilidad laboral”, en AA.VV. (coord: RIVERO LAMAS, J.), “La flexibilidad laboral en España”, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1993, págs. 207-208, justifica esta calificación del poder como fuerte o débil en una serie de notas entre las que destacan las siguientes: a) la ausencia de control previo a la decisión del empresario; b) la exigencia de que la modificación sea causal; c) la adición de consecuencias indemnizatorias a las variaciones; d) el alcance del deber de obediencia del trabajador.

⁷²⁵ SANTIAGO REDONDO, K., “Movilidad geográfica”, en AA.VV., (dir: VALDÉS DAL-RÉ, F.), “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 348.

ya que la duración será de seis meses en el primer supuesto y de tres en el segundo, por aplicación del art. 7.1 L.E.T.T.-. En los otros supuestos en los que se permite la celebración del contrato de puesta a disposición cuya duración es incierta en el tiempo - obra o servicio determinado e interinidad por vacante- tampoco es previsible que la duración en el tiempo vaya a exceder de la limitación anual a la que se ha hecho referencia. En definitiva, la corta duración de los contratos de puesta a disposición dificulta notablemente la aplicación del límite temporal anual a los trabajadores cedidos. Esto podría dar lugar a prácticas no deseables en el ámbito de las empresas usuarias, en el sentido de evitar la aplicación del régimen de los traslados por la vía de realizar desplazamientos temporales no superiores a un año a los trabajadores cedidos por la E.T.T., ante los que, además, la empresa usuaria no aparece como empresario formal. Este dato, unido a las consideraciones generales efectuadas anteriormente, abunda en la tesis de considerar a los desplazamientos temporales de los trabajadores puestos a disposición como supuestos de modificaciones sustanciales no susceptibles de ser incluidos dentro del ámbito del poder de dirección de la empresa usuaria.

A ello hay que añadir que la posibilidad de llevar a cabo tanto desplazamientos como traslados de los trabajadores puestos a disposición resulta difícilmente compatible con lo dispuesto en el art. 12.2 L.E.T.T., esto es, con la obligación por parte de la E.T.T. de facilitar a los trabajadores la formación suficiente y adecuada a las características del puestos de trabajo a cubrir. Lo primero que hay que constatar, previamente a las particularidades de esta obligación en el momento de producirse la orden de movilidad, es que la puesta en práctica de la exigencia contenida en este precepto ya resulta complicada en el momento en el que el trabajador es puesto a disposición a la empresa usuaria, debido especialmente a la urgencia con la que la misma solicita la cobertura del puesto de trabajo a la E.T.T., lo que hace que difícilmente se vaya a poder proporcionar al trabajador la formación suficiente y adecuada que requiere el puesto de trabajo. Si esta dificultad ya es predicable, con carácter general, en el momento de la puesta a disposición, con más motivo resultará difícilmente alcanzable poder dar satisfacción a esta exigencia legal si el trabajador es sometido a traslados o desplazamientos durante el

tiempo en el que dura la cesión. Y ello porque la E.T.T. va a perder la facultad del control y dirección de la prestación una vez el trabajador se encuentre prestando sus servicios en la empresa usuaria, lo que inevitablemente repercute en la dificultad de proporcionar la adecuada formación al trabajador en el nuevo puesto de trabajo, máxime teniendo en cuenta las exigencias que el art. 12.1 L.E.T.T. prevé para la formación de este tipo de trabajadores, esto es, que sea suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a los que el trabajador vaya a estar expuesto.

Sin embargo, esta postura contraria a la posibilidad de que la empresa usuaria lleve a cabo modificaciones en el lugar de la prestación de trabajo susceptibles de considerarse como supuestos de movilidad geográfica no es la opción por la que se han decantado los diferentes convenios colectivos que han sido objeto de análisis. Si bien algunos de ellos se limitan a la reproducción del art. 40 E.T.⁷²⁶, en la mayor parte de los convenios colectivos de E.T.T. aparece una cláusula que atribuye a la empresa la facultad de llevar a cabo este tipo de modificaciones, basando esta prerrogativa en las especiales circunstancias en que se desarrolla la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición, circunstancias que -según estas cláusulas convencionales- justifica la movilidad geográfica del personal en función de las facultades de organización de la empresa usuaria, que puede proceder a la distribución de su personal entre los diversos lugares de trabajo para así proceder a la adecuación de su personal a las finalidades productivas y organizativas⁷²⁷. Lo primero que hay que

⁷²⁶ Vid., el art. 14 del Convenio Colectivo de Manpower Team (BOE 1-11-1994), art. 15.2 de Temps Trabajo Temporal (B.O.Comunidad de Madrid 21-12-1994), art. 11 de Laborman (BOE 2-2-1995), art. 11 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O. Navarra 15-2-1995), art. 10 de Adim (B.O. Comunidad de Madrid 21-1-1995), art. 12 Tempo Grup (D.O. Generalitat de Cataluña 28-4-1995), art. 12 de Servicio y Organización del Secretariado (B.O. Comunidad de Madrid 1-5-1995).art. 12 de Bicolán (BOE 24-5-1995).

⁷²⁷ Entre ellos, vid. el art. 15 del Convenio Colectivo de Adia Intergrupp (BOE 30-8-1994), art. 15 de Nueva Cadegesa (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-1995), art. 20 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-1995), art. 22 de Administración y Gestión de Personal (B.O.P. Málaga 6-2-1995), art. 6 de Dalgo Grup 2000 (D.O. Generalitat Valenciana 15-5-1995), art. 15 Faster Ibérica (BOE 10-3-1995), art. 15 de Grup Quatre Selecció (D.O. Generalitat de Cataluña 10-3-1995), art. 20 de Elan Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), art. 15 T.W. Teamwork (BOE 5-4-1995), art. 15 Gonzal Gestión (B.O. Comunidad de Madrid 1-5-1995); art. 12 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

destacar es la contradicción en la que incurren este tipo de cláusulas al justificar la potestad de modificar el lugar de trabajo de los trabajadores puestos a disposición en las “especiales circunstancias” en las que se desarrolla la prestación de servicios de los mismos, cuando precisamente este tipo de trabajadores son los que resultan más susceptibles de protección ante cualquier tipo de modificaciones sustanciales. La doctrina ya había destacado, en relación a los trabajadores temporales genéricamente considerados, que la provisionalidad de sus contratos puede influir decisivamente en la aplicación del art. 40 E.T., si se toma en consideración que este precepto, al incluir el cambio de residencia entre los elementos de su supuesto de hecho, está contemplando implícitamente una situación consolidada⁷²⁸. Estas circunstancias se agravan en los trabajadores puestos a disposición por una E.T.T., debido especialmente a la corta duración de la puesta a disposición, que obliga al trabajador a adaptar su situación personal y familiar al destino facilitado por la E.T.T., lo que no puede suponer, a mi juicio, una razón a favor de la posibilidad de variar las condiciones laborales de estos trabajadores. Por el contrario, a mi juicio, estas especiales circunstancias a través de las cuales se desarrolla la prestación de servicios del trabajador han de verse más bien como un argumento a favor de la inmovilidad en las condiciones labores de este colectivo de trabajadores.

2.2. Requisitos de la movilidad geográfica en las empresas de trabajo temporal.

Excluida la posibilidad de que sea la empresa usuaria la legitimada para llevar a cabo cambios en el lugar de trabajo, es necesario analizar si los requisitos establecidos en el art. 40 E.T. se cumplen en el supuesto de que la E.T.T. decida llevar a cabo este tipo de movilidad. Previamente a analizar los distintos supuestos de movilidad geográfica, hay que señalar que sería posible la contratación a través de la E.T.T. para

⁷²⁸ GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., pág. 58, pone de manifiesto que la provisionalidad de los contratos temporales “no quiere decir que el empresario pueda decidir libremente la movilidad geográfica de estos trabajadores; de adoptarse tal decisión, deberá discurrir, igualmente, por los cauces de aquel precepto legal”.

que el trabajador prestase sus servicios en centros móviles o itinerantes de la empresa usuaria, quedando éstos excluidos de la aplicación del art. 40 E.T.

2.2.1. El cambio de residencia del trabajador puesto a disposición.

En relación al cambio de residencia -requisito común a los traslados y desplazamientos-, estamos ante una exigencia relativamente subjetiva, en función de la valoración que realicen los trabajadores afectados. Así, el trabajador posee una doble opción: bien escoger el cambio de residencia al lugar de destino, bien viajar diariamente a este nuevo lugar de trabajo asumiendo las cargas económicas y de índole personal que ello le comporte. La jurisprudencia ha oscilado entre dos posturas interpretativas, que pueden resumirse en entender que la medida de movilidad geográfica no se realiza si no se da el efectivo cambio de residencia⁷²⁹ o bien considerar que hay necesidad de cambio de residencia cuando el desplazamiento diario al centro de trabajo resulta imposible o muy gravoso⁷³⁰. Esta última interpretación, que parece la más adecuada a la finalidad del art. 40 E.T., resulta además de especial importancia en el ámbito de las E.T.T.. Y ello porque, dada la corta duración de los períodos para los cuales el trabajador es puesto a disposición, lo más lógico es que éste decida evitar en la medida de lo posible el cambio de residencia a otra localidad, especialmente porque el trabajo que se presta a través de una E.T.T. no posee ninguna garantía de estabilidad en el empleo que favorezca la adopción de este tipo de decisión. En este sentido, creo que es necesario aquí reforzar la tendencia jurisprudencial que se inclina por la identificación del cambio de residencia con la gravosidad que supone para el trabajador el cambio al nuevo centro de trabajo.

En el ámbito de la negociación colectiva, determinados convenios colectivos de E.T.T. únicamente atribuyen la potestad de llevar a cabo modificaciones en el lugar de

⁷²⁹ STSJ de Murcia 24-2-1995 (Ar. 855), STSJ de Castilla-León/Valladolid 18-3-1995 (Ar. 458), STSJ Andalucía/Málaga 20-3-1995 (Ar. 1026), STSJ de Madrid 16-5-1995 (Ar. 2210), STSJ de Extremadura 26-7-1995 (Ar. 2718), STSJ de Canarias/Las Palmas 27-7-1995 (Ar. 3010).

⁷³⁰ En este sentido, señala la STSJ de Madrid 26-1-1995 (Ar. 409) que “tal cambio, que lo es en distinto municipio y sin limitación de tiempo, implica un traslado, aunque no haya traído consigo el de residencia de los trabajadores, que mantienen la misma, en Madrid”. Doctrina que se recoge también en la STS 8-199-1989 (Ar. 6562).

la prestación en el supuesto de que dichos cambios no impliquen cambio de residencia para el trabajador puesto a disposición, sin otra especificación más⁷³¹. Ahora bien, la mayoría de los convenios consultados intentan acotar a una distancia concreta el concepto de cambio de residencia. Tal es el supuesto del II Convenio Estatal de E.T.T., en cuyo art. 12 se establece que “el personal en misión prestará su actividad en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa usuaria en los que se requieran sus servicios, sin que se cause derecho al devengo de dietas, ni se configure como supuesto de movilidad geográfica individual, el destino a lugares de trabajo que se encuentren situados dentro de un radio de acción de 30 kms. desde el límite del término municipal donde estuviera ubicado el centro de trabajo de la empresa usuaria, consignado en el contrato de puesta a disposición, siempre que existan medios de transporte público con intervalos no superiores a media hora”. Este tipo de cláusulas convencionales suponen una ampliación de los poderes empresariales de la empresa usuaria que van más allá incluso, a mi juicio, de la tendencia flexibilizadora que ha señalado la doctrina en relación a las modificaciones legales llevadas a cabo en este ámbito por la Ley 11/1994⁷³².

En contra de la licitud de este tipo de cláusulas convencionales puede señalarse que, a la hora de calificar la orden de la empresa usuaria como un supuesto de movilidad geográfica incluido en el art. 40 E.T., lo determinante no es que ésta se produzca dentro de un radio de acción o de una distancia concreta -tal como hemos visto que prevén la mayoría de convenios colectivos de E.T.T.-, sino que la modificación conlleve un cambio de residencia del trabajador puesto a disposición, si

⁷³¹ Tal es el caso del art. 10.2 del Convenio Colectivo de People Justo a tiempo (BOE 5-1-1995), art. 10.2.b) de People Málaga (B.O.P. Málaga 16-3-1995) art. 6.2 de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995); art. 12 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

⁷³² En este sentido, señala MARÍN CORREA, J.M., “La nueva movilidad geográfica”, *Actualidad Laboral*, nº 24, 1995, pág. 412, que “es evidente que las modificaciones legales responden al criterio de flexibilización de la relación laboral, aquí referida (la flexibilización) al desarrollo o tracto sucesivo de aquella (...), y como más trascendente novedad, aparece la judicialización, con la consiguiente atribución al empresario de la iniciativa con efecto inmediato, salvo en las medidas colectivas” y DEL REY GUANTER, S., “Movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. (coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 189, destaca que la finalidad de la Ley 11/1994 “es la necesidad de facilitar la adaptabilidad de la relación laboral a las necesidades de las empresas”.

bien hay que matizar que nos encontramos ante la dificultad de que la normativa laboral no especifica cuándo un cambio de centro de trabajo exige un cambio de residencia para el trabajador. A pesar de esta indeterminación legal, la doctrina ha señalado que la localidad o término municipal no puede actuar como único elemento geográfico delimitador de los traslados, ya que es necesario acudir a cada caso concreto para analizar las repercusiones que éste conlleva al trabajador. Así, aunque lo más habitual sería que el cambio de localidad implique un cambio de residencia, también puede suceder que un cambio de centro de trabajo en las misma localidad obligue a un cambio de residencia y, por el contrario, que un cambio de centro de trabajo a una localidad cercana no implique éste⁷³³. De ahí que este criterio delimitador que ha establecido el art. 12 del II Convenio Colectivo de E.T.T. no es un criterio inamovible, ya que este factor de la distancia podría implicar perfectamente un cambio de residencia para el trabajador en misión al traducirse a parámetros temporales⁷³⁴, esto es, al tenerse en consideración la duración del viaje desde el domicilio hasta el lugar de trabajo en comparación con la situación anterior del trabajador que presta sus servicios en la empresa usuaria.

Por consiguiente, podría afirmarse que este tipo de cláusulas convencionales contradicen la legalidad vigente, y que, a pesar del carácter ejecutivo predicable del traslado⁷³⁵, podría operar el *ius resistendae* del trabajador puesto a disposición por la E.T.T., ya que la desobediencia del trabajador, cuando está fundada en un incumplimiento manifiesto y grave de los procedimientos previstos para llevar a cabo la movilidad, debería considerarse legítima si responde a elementos objetivos⁷³⁶, por

⁷³³ SALA FRANCO, T., “Movilidad geográfica”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994, pág. 279.

⁷³⁴ GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 61.

⁷³⁵ PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., “Movilidad geográfica”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995, pág. 238.

⁷³⁶ A favor de esta tesis, vid. SANTIAGO REDONDO, K., “Movilidad geográfica”, en AA.VV., (dir: VALDÉS DAL-RÉ, F.), “La reforma del mercado laboral”, op. cit., pág. 353, y MARTÍN CORREA, J.M., “La nueva movilidad geográfica”, Actualidad Laboral, nº 24, 1995, pág. 416, según el cual “es

suponer una vulneración al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrado en el art. 3.5 E.T.⁷³⁷. Esta opción a favor de la posibilidad de que el trabajador puesto a disposición ejercite legítimamente un *ius resistentiae* podría ponerse en conexión con una línea jurisprudencial que califica como nulas aquellas previsiones contractuales en virtud de las cuales el trabajador hubiese asumido el compromiso de trasladarse a los distintos centros de trabajo que posee la empresa, ya que este tipo de pactos afectan a derechos irrenunciables del trabajador⁷³⁸.

Estamos ante unas cláusulas de los convenios colectivos que contradicen la legalidad vigente, ya que la negociación colectiva no puede eludir aquellas circunstancias, causas y procedimiento establecido en el art. 40 E.T., ya que este precepto no concede al empresario una facultad arbitraria y absoluta a la hora de proceder al cambio en el lugar de trabajo del trabajador, sino que se encuentra sometida a los requisitos exigidos por el citado precepto. Asimismo, la orden de traslado debe acatarse -tal como han señalado doctrina⁷³⁹ y jurisprudencia⁷⁴⁰- siempre y cuando se perciba la compensación por los gastos a los que tiene derecho el trabajador, lo que tampoco se ha previsto en la mayoría de los convenios colectivos analizados, los cuales atribuyen -sin más requisitos- la facultad a la empresa de modificar el lugar de trabajo en función de sus necesidades organizativas y productivas. Y así, aplicando esta línea jurisprudencial al caso del trabajador contratado por una E.T.T., pueden calificarse como nulas aquellas cláusulas convencionales a las que antes hemos hecho referencia

evidente que no es exigible al trabajador el anticipo del desembolso, por lo que el incumplimiento de la orden quedaría amparado por una causa justificante, y no sería sancionable”.

⁷³⁷ Tal como señala la STS 7-3-1986 (Ar. 1277) se exceptúan del deber de obediencia aquellas órdenes del empresario que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, al ser ilegales, o si concurren circunstancias de peligrosidad y otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden del empresario.

⁷³⁸ Así, el TCT ya se manifestó a favor de esta interpretación en la sentencia 28-10-1982 (Ar. 5768), según la cual “la circunstancia recogida en el ordinal 2º de que «los actores pactaron en los contratos con la demandada que prestarían sus servicios tanto en el bingo objeto de este contrato como en otros bingos que la empresa posea»” sería un pacto nulo “al entrañar una renuncia a un derecho laboral -el de no ser trasladado sin el cumplimiento de los requisitos legales, prohibido por el art. 4.5 del E.T”.

⁷³⁹ PEDRAJAS MORENO, A., “Traslados y obediencia debida del trabajador: criterios jurisprudenciales”, Actualidad Laboral, nº 33, 1990, págs. 381 y ss.

⁷⁴⁰ Según la STSJ de Galicia 9-5-1995 (Ar. 1893) “el empresario debe cumplir las obligaciones que se imponen sobre abono de los gastos de viaje y dietas, sin que pueda exigirse al trabajador el anticipo de los

que atribuyen a la E.T.T. o a la empresa usuaria la facultad de movilizar geográficamente al trabajador en función de sus necesidades organizativas o productivas, por lo que el trabajador podría ver así justificado su derecho a desobedecer este tipo de órdenes empresariales sin que ello constituyese un incumplimiento grave y culpable del trabajador puesto a disposición.

2.2.2. La justificación causal de la medida.

Tal como se ha adelantado anteriormente, se requiere una justificación causal de la medida, esto es, la concurrencia de circunstancias inherentes a la actividad de la empresa, y que, según el art. 40 E.T., pueden ser causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, expresión con la que se hace referencia a necesidades objetivas de la organización productiva y que las normas sectoriales han venido denominando como “necesidades del servicio”⁷⁴¹. El legislador, con la finalidad de acotar la libertad empresarial a la hora de proceder al cambio del lugar de trabajo del trabajador, pretende someter la decisión modificativa a determinados controles o limitaciones, entre los que se encuentra la justificación causal de la medida de movilidad geográfica.

El problema fundamental que se suscita en este punto estriba en la valoración de la concurrencia real de dichas causas por parte de la E.T.T. como eslabón previo a la medida de movilidad geográfica, ya que dichas causas no se van a producir en el ámbito de la E.T.T., sino en el de la empresa usuaria, que es donde el trabajador puesto a disposición desarrolla su prestación de servicios, y es donde, en su caso, debe comprobarse la necesidad de la medida. El único criterio legal que posee la E.T.T. para valorar la adecuación entre las causas y la decisión de movilidad geográfica es que la medida propuesta “contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (art. 40.1 E.T.). La

de viaje”, por lo que “se configura así en estos casos un *ius resistentiae* que justifica el incumplimiento de la orden”. Puede consultarse también la STSJ de Andalucía 25-199-1995 (Ar. 3373).

redacción del precepto suscita problemas importantes cuando la decisión de movilidad geográfica se lleve a cabo por parte de la E.T.T.. En primer lugar, nos encontramos con el problema general de la ambigüedad del precepto, lo que plantea la dificultad de averiguar cuándo se dará realmente la situación legalmente prevista⁷⁴². Estamos ante causas genéricas cuya concurrencia habrá de apreciarse en función de determinados parámetros -como pueden ser las pérdidas de la empresa, la supresión de una determinada línea de producción, etc.-.

Un sector de la doctrina se ha pronunciado a favor de que la adquisición de una superior posición competitiva en el mercado o de una superior posición ante la demanda de bienes y servicios no presupone que ésta sea negativa, sino que la movilidad geográfica se configura como un instrumento de adecuación del trabajo en la empresa, no exigiendo el precepto que el traslado se plantee como necesidad inexorable para hacer frente a una situación negativa de la empresa, sino que éste resulta una medida adecuada para mejorar dicha situación⁷⁴³. Otros autores han señalado que estamos en presencia de un concepto “difícilmente objetivable”⁷⁴⁴, lo que se une a la complejidad que supone, para la E.T.T., llegar a un conocimiento acertado de que concurren estas causas en la empresa usuaria, es decir, nos encontramos con el problema añadido de que la E.T.T. va a tomar una decisión que no afecta a su estructura organizativa o productiva empresarial, sino que estas circunstancias se producen en la empresa usuaria. Son decisiones de movilidad conectadas a la situación concreta de la empresa usuaria y que sólo pueden ser correctamente evaluadas si se posee un conocimiento preciso de esta específica situación. No es posible, por tanto, arbitrar fórmulas generales que pueda servir como parámetro a la hora de valorar la concurrencia de dichas causas justificativas de la medida empresarial.

⁷⁴¹ GARCÍA MURCIA, J., “Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., “La modificación del contrato de trabajo”, op. cit., pág. 90.

⁷⁴² SALA FRANCO, T., “La Reforma del Mercado de Trabajo”, CISS, Valencia, 1994, pág. 178.

⁷⁴³ MONTOYA MELGAR, A., “Comentarios al E.T. La movilidad geográfica”, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 208.

Como consecuencia de lo expuesto, sería necesario que la E.T.T. tomase las medidas necesarias para llegar a un conocimiento cabal y exacto de las motivaciones que llevan a la empresa usuaria a necesitar la aplicación de tal medida. Esta exigencia resulta, a mi juicio, independientemente de la conclusión a la que se llegue sobre la exigencia o no de una situación de pérdidas, de crisis o de dificultades económicas de la empresa usuaria, ya que lo que el art. 40 E.T. exige en cualquier caso es que el traslado y desplazamiento de trabajadores se someta a una causa, por lo que no puede formar parte sin más del ámbito del poder de dirección de la empresa usuaria. Sin embargo, la L.E.T.T. no ha arbitrado ningún procedimiento para que la E.T.T. pueda conocer si efectivamente se han producido las causas justificativas de la decisión de movilidad geográfica, y, en consecuencia, la causalidad necesaria para este tipo de decisiones empresariales hace surgir serias dudas en relación a la posibilidad de que la E.T.T. pueda llevarlas a cabo.

En definitiva, una decisión de estas características no puede ser exactamente conocida por la E.T.T., puesto que ésta ni organiza la actividad productiva de la empresa usuaria, ni tampoco posee los suficientes elementos de valoración para dilucidar si la medida se adecua a las causas establecidas por el art. 40 E.T. Es por ello, que, a pesar de la ejecutividad del traslado propugnada en el art. 40.1 E.T., hay que recordar la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo⁷⁴⁵ en relación al principio de “solve et repete” y del *ius resistendae* del trabajador, de forma que el deber de respetar las órdenes del empresario se ha de poner en relación necesariamente con el trabajo encomendado, y consecuentemente con el principio general del que dimana la obligación del trabajador, esto es, que las órdenes o instrucciones impartidas lo sean mediante el ejercicio regular de las facultades directivas, tal como precisa el art. 5.c) E.T. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se resume en las siguientes notas: en primer lugar, los principios de buena fe y lealtad han de presidir las relaciones recíprocas entre el empresario y el trabajador, con la finalidad de evitar que el

⁷⁴⁴ ORTIZ LALLANA, M^a. C., “La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, op. cit., pág. 29.

empresario imparta órdenes inadecuadas y no concordes con el mejor servicio de la empresa. En segundo lugar, el trabajador debe obedecer las decisiones empresariales que se encuentren inmersas dentro del marco del ejercicio regular de sus facultades directivas, y debe cumplirlas para no incurrir en indisciplina o desobediencia sancionable con el despido. Ahora bien, se exceptúa de este deber de obediencia aquellas órdenes del empresario que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, al ser ilegales, o si concurren circunstancias de peligrosidad y otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden del empresario.

El Tribunal Supremo ha tratado de hacer compatible la tesis del *solve et repete* con la aceptación de la excepción de la justificación de la no obediencia, por lo que, en la medida que se admite una “justificación razonable” de la negativa a obedecer de inmediato la orden empresarial se está negando la premisa misma en la que se basaba la tesis tradicional -presunción de legitimidad de la orden empresarial y negativa a que el trabajador pudiera ser el juez de esa legitimidad-. Y así, en los casos de irregularidad de la orden empresarial es cuando tiene sentido el *solve et repete*, si se admite generosamente una justificación razonable como excepción de la regla, por lo que “esta misma se reduce e incluso puede convertirse en una regla marginal y las excepciones a la misma pueden, de hecho, llegar a convertirse en regla⁷⁴⁶. De este modo, la ejecutividad del traslado no se daría en cualquier caso, sino siempre que se cumplan los requisitos que el art. 40 E.T. establece para su efectividad, entre los cuales se encuentran la exigencia de adaptación de la medida de movilidad geográfica a las causas previstas en el precepto de aplicación, lo que va a resultar difícil si tenemos en cuenta que la E.T.T. no puede conocer con absoluta certeza dichas causas, al darse estas circunstancias en una unidad empresarial autónoma de ella como es la empresa usuaria.

En base a los argumentos anteriormente expuestos, se extrae la conclusión nuevamente de la inadecuación del esquema distribución de poderes entre ambas

⁷⁴⁵ Especialmente, la STS 7-3-1986 (Ar. 1277).

empresas a la normativa laboral común, por lo que las modificaciones en el lugar de trabajo contempladas en el art. 40 E.T. difícilmente van a poder llevarse a término tanto por la empresa usuaria como por la E.T.T.. En consecuencia, el trabajador contratado por la E.T.T. no podría verse obligado a realizar cambios en el lugar de trabajo susceptibles de considerarse como traslados o desplazamientos temporales, puesto que, por un lado, la entidad de este tipo de modificaciones exceden del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria por el art. 15.1 L.E.T.T. y, por otro, difícilmente pueden cumplirse por parte de la E.T.T. los requisitos impuestos por el art. 40 E.T. La doctrina⁷⁴⁷ se ha manifestado a favor de la exclusión del ámbito del citado precepto en los casos de trabajadores que han sido contratados por E.T.T. para ser cedidos a empresas usuarias, si bien dicha exclusión parece limitarse al acto inicial de cesión - cuyo origen se sitúa en el contrato de puesta a disposición-, sin que se haya analizado el supuesto específico de movilidad geográfica una vez que el trabajador ya se encuentra prestando sus servicios efectivamente dentro de la estructura organizativa de la empresa usuaria.

En favor de la flexibilización en el ámbito de las condiciones en las que se desarrolla la prestación laboral se ha pronunciado un sector doctrinal⁷⁴⁸, fundamentando esta opción en la naturaleza constitutivamente dinámica de la empresa y lo cambiante de sus necesidades organizativas y productivas, lo que lleva al ordenamiento a rechazar una concepción defensora de una absoluta inamovilidad laboral de la prestación laboral, tanto en su contenido como en sus condiciones de lugar y tiempo. Además, a las causas inicialmente previstas por el E.T. se añadieron por la Ley 11/1994 las causas económicas, lo que supone que -además de uniformarse éstas con las previstas en los arts. 41 y 51 E.T.- se abre el abanico causal que justificaría la decisión de modificar la

⁷⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Obediencia debida y desobediencia justificada”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 1988, pág. 15.

⁷⁴⁷ Así, GARCÍA MURCIA, J., “Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., “La modificación del contrato de trabajo”, op. cit., pág. 99, señala que “los cambios de localización a que pueda verse sometido el trabajador dependiente de una empresa de trabajo temporal no se originan técnicamente en medidas de movilidad geográfica, sino en las correspondientes órdenes de servicio”.

ubicación del trabajador por el empleador, facilitándose en general la modificación sustancial y geográfica de las relaciones laborales⁷⁴⁹. Ahora bien, a mi entender, la necesaria justificación causal de la medida no sólo se corresponde con el concepto de poder de dirección desde una perspectiva contractualista de los poderes del empresario, sino que además se ajusta a las condiciones exigibles para la correcta aplicación del art. 40 E.T. Dicho precepto establece un listado de causas habilitantes de los traslados y los desplazamientos (párrafos primero y cuarto, respectivamente), debiendo estar fundados en circunstancias inherentes a la empresa y que están ligadas a su situación económica, tecnológica, organizativa o productiva o bien a las contrataciones referidas a la actividad empresarial. En uno y otro caso se exige que tales causas justifiquen la correspondiente medida empresarial por la que se decide cambiar el lugar en el que el trabajador desarrolla la prestación de servicios, esto es, la entidad de tal medida empresarial debe ser proporcionada a los efectos que produce en el trabajador la decisión del empresario. En este sentido, el art. 40.1 E.T. proporciona algunos criterios para acotar y explicar el sentido de dichas causas, de forma que se entenderá que concurren dichas causas cuando las medidas previstas “contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

En base a lo anteriormente expuesto, y aunque se admitiese la posibilidad de que la empresa usuaria pudiera variar el lugar de la prestación de servicios del trabajador cedido siguiendo las reglas establecidas del art. 40 E.T., lo que resulta innegable es que, esa variación debería necesariamente responder a las causas enunciadas en dicho precepto⁷⁵⁰, lo que evidentemente no se respeta en aquellas cláusulas convencionales que

⁷⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A., “Poder del empresario y movilidad laboral”, en AA.VV. (coord: RIVERO LAMAS, J.), “La flexibilidad laboral en España”, op. cit., 1993, págs. 205-206.

⁷⁴⁹ DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, en AA.VV., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, MTSS, Madrid, 1996, pág. 90.

⁷⁵⁰ GARCÍA MURCIA, J., “Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., “La modificación del contrato de trabajo”, (coord: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), Ibidem, Madrid, 1997, pág. 91, incide en la necesaria causalidad de tales

se han visto con anterioridad en las que se permite que el personal en misión preste su actividad en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa usuaria en los que se requieran sus servicios mientras se encuentre en un radio de acción de una distancia determinada, sin que ni siquiera esta situación cause derecho al devengo de dietas, ni se configure como supuesto de movilidad geográfica individual. Tal como se ha señalado por la doctrina en materia de movilidad geográfica, la negociación colectiva puede actuar como regulación complementaria de la ley, permitiendo la mejora o especificación de las previsiones del art. 40 E.T. Así, los convenios colectivos podrán proceder a mejorar las previsiones del citado precepto -ampliación del plazo mínimo de preaviso en la notificación del traslado o del desplazamiento⁷⁵¹, incremento de la indemnización para los casos de extinción del contrato, aumento del número de días de permiso en el caso de desplazamiento, entre otros-, así como añadir otros derechos o compensaciones -indemnizaciones, costes de vivienda, gastos de escolaridad de los hijos, etc.-.

Así pues, la regulación legal de los traslados y los desplazamientos puede considerarse de carácter imperativo⁷⁵², y, en consecuencia, vinculante para las fuentes de regulación de rango inferior, básicamente para los agentes de la negociación colectiva y para las partes del contrato de trabajo, y se configura como derecho necesario relativo, en cuanto permite la mejora de sus reglas o condiciones a través de convenio colectivo y contrato individual⁷⁵³. De ahí que no sean admisibles las cláusulas contenidas en los convenios colectivos de E.T.T. que conceden una prerrogativa genérica a la empresa a la hora de movilizar geográficamente a sus trabajadores, ya que

supuestos de movilidad geográfica, sugiriendo que “pueden resultar de gran interés, por lo pronto, los criterios habitualmente utilizados para la autorización o denegación de los expedientes de regulación de empleo, siempre que se haga la salvedad de que no nos encontramos ahora ante medidas de suspensión o extinción, sino ante medidas de movilidad geográfica, menos traumáticas”.

⁷⁵¹ No es el caso del art. 12 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997), que establece, con carácter general, un preaviso de 4 días por cada 10 semanas de desplazamiento.

⁷⁵² GARCÍA MURCIA, J., “La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 87.

este tipo de previsiones convencionales no respetan los mínimos legales -procedimiento, causas, efectos- ni contribuyen a modalizar el régimen jurídico contenido en el art. 40 E.T. Y ello porque el precepto mencionado no atribuye de forma expresa esta función de supletoriedad respecto de la negociación colectiva, ni tampoco realiza ningún tipo de mención a la negociación colectiva de la que pudiese deducirse esta conclusión. En virtud de la relación de supletoriedad, la regulación contenida en la ley únicamente sería de aplicación en ausencia de una previsión convencional sobre la materia; debería existir, pues, una norma estatal dispositiva derogable mediante la normativa pactada en convenio colectivo, lo que no se da en la regulación que de la movilidad geográfica prevé el art. 40 E.T.⁷⁵⁴.

De lo expuesto, puede extraerse la conclusión que estamos ante una contraposición de intereses que confluyen en la regulación del mencionado precepto y que confieren a la norma el carácter de derecho necesario o incluso de orden público laboral. Se trata, por un lado, del interés empresarial en la realización de aquellos cambios que contribuyan a mejorar la situación económica de la empresa y de su posición competitiva en el mercado y, por otro, del interés del trabajador en conocer esas medidas, poder reaccionar contra las mismas y recibir las compensaciones oportunas⁷⁵⁵, por lo que difícilmente la negociación colectiva podrá prescindir de estas reglas para establecer otras en beneficio exclusivo de la empresa usuaria. Esta misma afirmación debe extenderse a las previsiones contenidas en los contratos de trabajo celebrados entre la E.T.T. y sus trabajadores, pues tampoco a nivel contractual podrá alterarse el régimen jurídico normativo de la movilidad geográfica atribuyendo a la empresa usuaria la facultad genérica de movilizar al trabajador puesto a disposición a

⁷⁵³ En este sentido, ROJAS RIVERO, G., “Traslados y desplazamientos de trabajadores”, MTSS, Madrid, 1993, pág. 18, y GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., págs. 34 a 39.

⁷⁵⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo”, MTSS, Madrid, 1987, págs. 171 y ss.

⁷⁵⁵ GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., pág. 40.

través de los diferentes centros de trabajo en función de sus necesidades organizativas y productivas, por impedirlo los arts. 3.1.c) y 3.5 E.T.⁷⁵⁶.

3. Los cambios en el lugar de trabajo del trabajador contratado por una empresa de trabajo temporal que no implican cambio de residencia.

En aquellos supuestos en los que no se llega a producir un efectivo cambio de residencia, también resultan cuestionables y de dudosa legalidad aquellas cláusulas de los convenios colectivos que disponen que el trabajador puesto a disposición no posee ningún derecho al devengo de dietas cuando la empresa opera modificaciones en el lugar de trabajo⁷⁵⁷. Esta cuestión ya ha sido tratada por la doctrina y la jurisprudencia, suscitándose en torno a la misma dudas sobre si estos supuestos -en los que no se produce un cambio de residencia del trabajador- pueden incluirse dentro del ámbito del *ius variandi* empresarial. Un sector de la doctrina⁷⁵⁸ se ha pronunciado en favor de que los desplazamientos dentro de la misma localidad y bajo las mismas condiciones de trabajo así como los que se produzcan fuera de ella y que no impliquen cambio de residencia forman parte de las facultades empresariales, sin que estén sujetos a mayores limitaciones que el art. 39 E.T. y sin que constituyan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, interpretación que ha sido también acogida por una línea jurisprudencial⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ ORTIZ LALLANA, M^a. C., “La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pág. 32.

⁷⁵⁷ Entre ellos, vid. el art. 15 del Convenio Colectivo de Adia Intergrupp (BOE 30-8-1994), art. 15 de Nueva Cadegea (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-1995), art. 20 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-1995), art. 22 de Administración y Gestión de Personal (B.O.P. Málaga 6-2-1995), art. 6 de Dalgo Grup 2000 (D.O. Generalitat Valenciana 15-5-1995), art. 15 FASTER Ibérica (BOE 10-3-1995), art. 15 de Grup Quatre Selecció (D.O. Generalitat de Catalunya 10-3-1995), art. 20 de Elan Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), art. 15 T.W. Teamwork (BOE 5-4-1995), art. 15 Gonzal Gestión (B.O. Comunidad de Madrid 1-5-1995).

⁷⁵⁸ ORTIZ LALLANA, M.C., “La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo)”, op. cit., págs. 47 y 48.

⁷⁵⁹ Vid. la STS de 21-11-1995 (A.L. nº20/1996, ref. 807). En este sentido, la STSJ de Cataluña de 12-5-1995 (Ar. 1964) se expresa en los siguientes términos: “los cambios de puesto de trabajo dentro del mismo centro y los cambios de centro que no impliquen cambio de residencia ni siquiera figurados en el art. 40 E.T., debiendo entenderse incluidos en el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario a que se refieren los arts 5 c) y 20.1 ET”. También en esta línea, señala la sentencia del TSJ de Baleares de 29-6-1995 (Ar. 2264) que “la orden empresarial mantiene todas las condiciones con

Sin embargo, otra tendencia jurisprudencial ha venido señalando que en aquellos supuestos en los que se produce un cambio de centro de trabajo que implique necesidad de utilización de medio de transporte e inversión de mayor tiempo hasta la llegada al lugar de trabajo, aun cuando no se precise de cambio de residencia para los trabajadores, deviene incuestionable el derecho del trabajador afectado a percibir la correspondiente compensación cuando tal cambio en el lugar de trabajo suponga para él un mayor tiempo invertido con relación al que tenía anteriormente respecto del antiguo centro, ya que en otro caso el equilibrio inicialmente inexistente entre prestaciones y contraprestaciones de trabajo y empresa se vería alterado afectando así a la naturaleza conmutativa que es la propia del contrato de trabajo⁷⁶⁰. En consecuencia, puede llegarse a la conclusión de que los cambios en el lugar de trabajo que no supongan un cambio de residencia deberán respetar las funciones y resto de condiciones de trabajo que el trabajador viniera desempeñando anteriormente, pues de lo contrario hay que entender que estamos en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 E.T.⁷⁶¹. Así pues, en los supuestos en los que no se produce un cambio de residencia, el *ius variandi* empresarial viene limitado o condicionado al mantenimiento de las condiciones de trabajo que anteriormente venía disfrutando el trabajador, además de la necesidad de una compensación por los perjuicios ocasionados al mismo.

En el supuesto concreto de los trabajadores puestos a disposición por una E.T.T., las circunstancias en las que se desarrolla la prestación de servicios obliga a prestar una especial atención a este tipo de modificaciones, para evitar que el peculiar esquema de redistribución de poderes empresariales entre la E.T.T. y la empresa usuaria pueda servir para eludir los controles a los que el empresario quedaría sometido en los casos

arreglo a las cuales la actora venía prestando sus servicios profesionales, así en materia de jornada y horario como las restantes. La única alteración que introduce afecta a la determinación del centro de trabajo”.

⁷⁶⁰ Tal como se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la STS 22-6-1990 (Ar. 4880), STS 29-6-1990 (Ar. 5544), STS 17-10-1991 (Ar. 7220) y 1-6-1992 (Ar. 4503), así como en las STSJ de Cataluña de 3-2-1993 (Ar. 786), de 14-5-1994 (Ar. 1265), de 29-3-1995 (Ar. 1159) y de 9-6-1995 (Ar. 2382).

en los que se contrata directamente al trabajador. Por ello, habrá que analizar cada caso concreto para dilucidar si el cambio podría suponer posibles perjuicios no sólo en el ámbito personal sino también en orden a la prestación laboral del trabajador⁷⁶². El problema adquiere relevancia si se piensa, a modo de ejemplo, en las consecuencias que puede conllevar para el trabajador puesto a disposición el cambio de centro de trabajo en la misma localidad o en distinta que no suponga cambio de residencia pero que incremente considerablemente el tiempo empleado en acudir a dicho centro de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de convenios colectivos de E.T.T. no se ha pactado ni siquiera un resarcimiento o compensación de gastos como consecuencia de dichas variaciones en el lugar de trabajo, sino que, como ya se ha visto, se dispone expresamente que estos cambios no van a suponer que el trabajador tenga derecho al devengo de dietas.

Así pues, entiendo que esos cambios en el lugar de trabajo de los trabajadores contratados por la E.T.T. que no suponen un supuesto de movilidad geográfica del art. 40 E.T. -por no implicar el cambio de residencia del trabajador- puedan encauzarse a través de la aplicación del art. 41 E.T., por constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En favor de esta posición podría argumentarse el carácter no tasado o abierto de las materias relacionadas en el art. 41 del E.T., ya que el citado precepto establece que tendrán el carácter de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, “entre otras”, las que afecten a la jornada de trabajo, al horario, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración, al sistema de trabajo y rendimiento y a las funciones.

⁷⁶¹ Opción interpretativa de la que es partidario GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., pág. 63.

⁷⁶² CRUZ VILLALÓN, J., “La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal”, Revista de Política Social, nº 125, 1980, pág. 96, ha señalado que supone un error considerar “en exclusividad a los intereses del trabajador desde el punto de vista de su vida privada, sin pararse a considerar las incidencias sobre la relación laboral en su conjunto; en suma, se atiende sólo a los perjuicios posibles en la vida privada del trabajador y se marginan los propios y directos sobre la prestación debida (expectativas profesionales, adaptación al nuevo puesto de trabajo, actuación sindical, etc.).

Estamos, pues, ante una lista meramente ejemplificativa de lo que pueden llegar a constituir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, por lo que dicho listado de materias no comprende ni todas las modificaciones que son sustanciales ni tampoco cualquier tipo de modificación o variación sobre las materias citadas se debe caracterizar inmediatamente como modificación sustancial; habrá por tanto que estar no sólo a la materia sobre la que incide la modificación sino especialmente a la entidad, importancia y características que dicha variación implica, para así dilucidar si estamos en presencia de una modificación sustancial. Dicho de otra forma, deberá valorarse la importancia cualitativa de la modificación- tal y como han puesto de manifiesto la doctrina⁷⁶³, y la jurisprudencia al señalar que “por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del art. 41.2 pasando a ser otras distintas de un modo notorio”⁷⁶⁴.

De este modo, podría interpretarse que determinadas órdenes empresariales llevadas a cabo por la empresa usuaria que son difícilmente incluibles bajo el ámbito conceptual de los traslados y desplazamientos del art. 40 E.T., sí podrían incluirse como supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 del E.T. Esta opción interpretativa podría dar cabida a algunas situaciones del trabajador contratado por la E.T.T., tales como el cambio de centro de trabajo -bien en la misma localidad, bien en distinta- que no suponga cambio de residencia pero que suponga un incremento importante en relación al tiempo necesario para poder acudir al nuevo lugar de trabajo. También podrían incluirse aquellas órdenes empresariales que, sin entrar dentro del concepto de desplazamiento o de traslado, obligan al trabajador a realizar viajes de corta duración que pueden llevar consigo la necesidad de pernoctar o no fuera del domicilio, especialmente aquellas que implican la necesidad de desplazarse al

⁷⁶³ En este sentido, CAMPS RUIZ, “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 54, ha señalado que “para la configuración de una determinada modificación como sustancial o no habrá que atender, desde luego, a la materia sobre la que verse la condición correspondiente, pero también a las características mismas de la modificación, desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal y de las eventuales compensaciones”.

⁷⁶⁴ Ver, por todas, la STS de 3-12-1987 (Ar. 8822).

extranjero. Para dilucidar si dichas órdenes empresariales poseen la importancia cualitativa que las permita incluir dentro del concepto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sería necesario acudir a parámetros objetivos, tales como la suficiencia de la compensación económica. De ahí que, en los casos en los cuales no exista dicha compensación -tal como es el caso de la mayoría de convenios de E.T.T. analizados-, lo más probable es que las órdenes empresariales de la empresa usuaria constituirán un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, todo ello dependiendo de la entidad de dichas modificaciones y de los efectos sobre los derechos laborales o expectativas profesionales del trabajador puesto a disposición. La posibilidad de que la empresa usuaria pueda llevar a cabo este tipo de modificaciones, será objeto de análisis en el siguiente apartado.

VII. LA MOVILIDAD FUNCIONAL DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.

1. La inserción del trabajador en una categoría profesional.

Previamente al estudio de la movilidad funcional en el ámbito de las E.T.T., resulta conveniente abordar aquellos aspectos relacionados con la clasificación profesional del trabajador y la necesidad de proceder a la clasificación profesional de éste con el objeto de que queden determinadas las tareas a realizar. La importancia, pues, de la inserción del trabajador en el sistema de clasificación profesional estriba en el hecho de que a partir de ella podrán definirse las tareas dentro de las cuales operará el poder de dirección de la empresa usuaria, entendiendo éste como el poder de especificación de la prestación laboral del trabajador contratado por la E.T.T..

1.1. La determinación de las funciones en el contrato de trabajo.

La determinación de las funciones que el trabajador puesto a disposición va a realizar a lo largo de la duración de la puesta a disposición forma parte de lo que ha de entenderse como determinación de la prestación laboral objeto del contrato. Dicha determinación resulta necesaria desde la perspectiva de que el trabajador contratado por la E.T.T. estará obligado, como cualquier otro trabajador, a realizar el “trabajo convenido”, tal como establece expresamente el art. 20.1 E.T., precepto que ha de ponerse en relación con el deber del trabajador a cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe (art. 5.a E.T.), así como para poder delimitar las órdenes que el empresario puede impartir en el ejercicio regular de sus facultades directivas (art. 5.c E.T.). Partiendo de la opción por la tesis contractualista, el trabajo convenido va a marcar los límites sobre los cuales la empresa usuaria pueda ejercer el poder de dirección y control de la actividad laboral (art. 15.1 L.E.T.T.), potestad que únicamente podrá utilizarse adecuadamente sobre las actividades pactadas inicialmente entre el trabajador y la E.T.T. y dentro de los límites que conlleva la adecuada concreción de las mismas. En relación a esta exigencia de

determinación del objeto del contrato, también es cierto que el contrato de trabajo presenta especiales peculiaridades que hacen más difícil esta concreción, ya que la deuda que contrae el trabajador es una deuda de actividad, y no una deuda de resultado, lo cual dificulta la delimitación de la prestación debida por el trabajador. En el caso del trabajador contratado por la E.T.T. esta dificultad se acrecienta, al desarrollarse la prestación en un ámbito organizativo y productivo del que ni siquiera forma parte dicha empresa.

Ahora bien, el hecho de resulte imposible especificar todas y cada una de las actividades que el trabajador va a realizar, no significa que estemos ante una excepción a la regla general contenida en el art. 1273 C.C., ya que el requisito de la determinación de la prestación implica la necesidad de la fijación de la prestación para que posteriormente pueda enjuiciarse la conformidad entre lo que quedó pactado y lo que ha sido efectivamente realizado o cumplido⁷⁶⁵. Esto cobra una especial importancia en el contrato de trabajo si se tiene en cuenta que, puesto que nos encontramos ante una obligación de hacer, la determinación impone una descripción de la actividad a la que se compromete aquél. Y ello porque si la prestación no es determinada o, al menos, determinable, no existe obligación por falta de objeto, fundamentalmente porque quedaría al arbitrio de una de las partes, lo que resulta prohibido por los arts. 1256, 1115, 1149 y 1690 C.C.)⁷⁶⁶. Por ello, resulta necesario concretar, entre otros aspectos, la función o funciones que el trabajador va a llevar a cabo en el seno de la organización productiva empresarial⁷⁶⁷. El establecimiento del contenido de la prestación laboral objeto del contrato viene exigido específicamente en el art. 22 E.T., que también obliga a “la equiparación del trabajador a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se

⁷⁶⁵ Tal como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias”, Civitas, Madrid, 1996, pág. 290, “la conducta debida, en la que la prestación ha de consistir, debe quedar perfectamente descrita por las partes, a través de una serie de módulos o criterios, mayores o menores, de acuerdo con los cuales queda fijado el acto o serie de actos que han de ser realizados”.

⁷⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., “Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General del Contrato”, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 66-67.

corresponda con dicha prestación”. En el caso del trabajador contratado por la E.T.T., esta delimitación también resulta necesaria, máxime si se tiene en cuenta el concepto restrictivo del poder de dirección empresarial por el cual se ha optado en virtud de la asunción de la teoría contractualista de los poderes empresariales⁷⁶⁸.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de la necesidad de delimitar el contenido de la prestación objeto del trabajador puesto a disposición, el análisis se centrará en la delimitación de las funciones que va a desarrollar éste en la empresa usuaria. Esta delimitación se concreta en el acto de clasificación profesional en virtud del cual se integrará al trabajador en una determinada categoría profesional que implicará la realización de un número de tareas que irán concretándose paulatinamente en virtud del poder de especificación que ostenta la empresa usuaria según el art. 15.1 L.E.T.T.. Es una cuestión de establecer los necesarios límites en la prestación laboral que es posible exigir al trabajador puesto a disposición, para poder así seguir un criterio válido según el cual las tareas que la empresa usuaria asigne al trabajador puedan entenderse incluidas o no dentro de las obligaciones contractuales asumidas por el trabajador en el contrato celebrado con la E.T.T., lo que exige una concreción previa sobre la cual poseer unos criterios de referencia. Se configura, de esta forma, el contenido de la prestación laboral objeto del contrato, puesto que sin objeto, no hay contrato en virtud del art. 1273 C.C.

Previamente a esta inserción concreta del trabajador puesto a disposición, hay que partir de un sistema de clasificación profesional en el cual poder llevar a cabo la clasificación individualizada del trabajador. Este sistema de clasificación será el vigente en la empresa, en virtud de las previsiones que contemple el convenio colectivo o, en su

⁷⁶⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, op. cit., págs. 129-130.

⁷⁶⁸ Tal como señala GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 51, existe una “imposibilidad, desde la perspectiva de la determinación del contenido de la prestación, de un sistema mixto que se base, a la vez, en categorías y en grupos profesionales ya que, desde el momento en que la categoría sea el criterio efectivo, su lógica más restrictiva expulsa al grupo profesional que asumiría una función puramente formal”.

defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores en relación al sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de categorías o grupos profesionales (art. 22.1 E.T.). Y, por consiguiente, una vez previsto el sistema de clasificación, el siguiente paso nos lleva a encuadrar al trabajador contratado por la E.T.T. en alguna de las categorías, grupos o niveles retributivos previstos -tal como dispone el art. 22.5 E.T.-. De la interconexión de ambos preceptos se deduce que también es necesario un instrumento jurídico previo y un acto de clasificación posterior al asignar al trabajador puesto a disposición unas funciones determinadas. Aquí se plantea una primera duda interpretativa, al tener que decidir el convenio colectivo aplicable a la hora de proceder a la correspondiente clasificación, problema que surge de la existencia de las dos empresas en la relación triangular, la E.T.T. y la usuaria. La opción por la tesis contractualista, tiene como consecuencia en este ámbito la aplicación del convenio colectivo de la E.T.T., empresa que aparece como una de las partes en el contrato de trabajo celebrado con el trabajador. La clasificación profesional se configura así como un acto de naturaleza contractual en cada una de sus fases, que tiene su plasmación posteriormente en el contrato de trabajo, ya que éste no se formaliza para una prestación genérica e indeterminada, sino para la realización de funciones determinadas que modalizan la prestación del trabajador⁷⁶⁹. Desde esta perspectiva, no resulta posible, pues, la aplicación del convenio colectivo de la empresa usuaria, a menos que se optase por una tesis comunitarista de los poderes empresariales en la que se primase -por encima de otras consideraciones- la organización productiva empresarial donde el trabajador se integra.

Previamente al acto de puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria, la E.T.T. y el trabajador deben llevar a cabo la formalización del acto de clasificación profesional, lo que se materializa a través del correspondiente acuerdo plasmado en el contrato de trabajo. En él se delimitará la prestación de servicios que recibirá con

⁷⁶⁹ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.; GARCÍA NINET, I.; LÓPEZ GANDÍA, J.; SALA FRANCO, T., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 394-395; Por el contrario, para ALONSO GARCÍA, M., “Curso de derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 380, en la determinación del

posterioridad la empresa usuaria a través de la equiparación del trabajador a “la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa que se corresponda con dicha prestación” (art. 22.5 E.T.). Son, pues, las partes del contrato -en este caso, la E.T.T. y el trabajador- las que deben pactar en el momento inicial de la relación laboral individual el contenido de la prestación a la que se compromete el trabajador y su adscripción en una determinada categoría, grupo profesional o nivel retributivo. El acuerdo entre el trabajador y la E.T.T. como fuente de determinación del contenido de la prestación laboral se configura como instrumento necesario previo al desarrollo de la prestación de servicios, lo que implica, una vez más, la asunción por parte del ordenamiento de la tesis contractualista de los poderes empresariales. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional al señalar que la clasificación profesional es “el mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual”, pues delimita la prestación exigible, confiere un tratamiento retributivo específico y incide en otras instituciones jurídico-laborales, como el tiempo de prestación de trabajo, el período de prueba y los derechos de representación colectiva (STC 20/1993, de 18 de enero⁷⁷⁰). Un sector de la doctrina ha señalado que, a pesar de que el Estatuto de los Trabajadores no establece una definición expresa de lo que ha de entenderse por categoría profesional, puede concluirse que ésta es “un conjunto de funciones que requieren una misma aptitud profesional y a las que normalmente corresponderá una misma retribución, constituya ésta la totalidad o sólo una parte de la cuantía salarial”⁷⁷¹.

Por su parte, el grupo profesional se define en el art. 22.2 E.T. como aquél “que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación”, pudiendo incluir “tanto diversas categorías profesionales como distintas

objeto “basta referirlo a la actividad en general, sin que se precise determinar la categoría estricta; incluso puede admitirse siempre que sea susceptible de determinación”.

⁷⁷⁰ (BOE 12-2-93).

⁷⁷¹ CAMPS RUIZ, L.M., “El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, *Tribuna Social*, nº43, 1994, pág. 54.

funciones o especialidades profesionales”⁷⁷². El elemento de conexión entre las distintas categorías dentro de un mismo grupo viene dado por el concepto de equivalencia, entendiéndose que una categoría profesional es equivalente de otra “cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones básicas de la segunda”, bien sea de un modo inmediato, bien a través de la previa realización de “procesos simples de formación o adaptación”. En el caso del trabajador contratado por una E.T.T. resultará, pues, preceptiva la inclusión dentro del sistema de clasificación profesional aplicable a la misma, a través de lo dispuesto en la negociación colectiva o, en su defecto, por el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 22.1 E.T.). Con respecto al concepto de nivel retributivo, la doctrina ha señalado con acierto que esta expresión no es tanto un concepto funcional como un concepto salarial de identificación de las cuantías retributivas específicas aplicables a la prestación laboral comprometida, y además no viene dado automáticamente por la categoría profesional, sino que puede depender de circunstancias adicionales -como la responsabilidad, exclusividad, jornada o turnicidad, entre otras-⁷⁷³.

Una vez sentados de forma general los conceptos de clasificación enunciados en la normativa laboral común (art. 22 E.T.), el paso siguiente es aplicar éstos al sistema de clasificación del trabajador contratado por una E.T.T.. Lo deseable sería la inclusión del mismo en una categoría profesional, por ser el concepto que, dentro del sistema de clasificación diseñado por el Estatuto de los Trabajadores, proporcionará una mayor seguridad jurídica al trabajador puesto a disposición, dadas las especiales circunstancias en las que se desarrolla la prestación de este colectivo de trabajadores. Sin embargo, el actual sistema de clasificación profesional permite la equiparación del contenido de la

⁷⁷² Esta definición del grupo profesional que permite incluir tanto a distintas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales, en opinión de MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La nueva regulación de la movilidad funcional”, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 79-81, comporta una relativización de la figura de las categorías profesionales, con la consiguiente ampliación de las facultades empresariales.

⁷⁷³ CAMPS RUIZ, L.M., “El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, op. cit., pág. 54

prestación laboral tanto a una categoría como a un grupo o nivel retributivo, dejando aparte los supuestos de polivalencia funcional del art. 22.5.

Ahora bien, hay que tener presente que, de no incluirse al trabajador puesto a disposición en una determinada categoría profesional, el efecto inmediato sería la no especificación de las concretas tareas que éste va a desarrollar, por lo que resultaría necesaria la especificación del “contenido de la prestación laboral objeto del contrato”, por preverlo así tanto el art. 22.5 E.T. como, específicamente, el art. 15.2.d) y 15.3.c) R.E.T.T.. Y ello porque la definición del contenido de la prestación laboral y la equiparación del contenido pactado a un grupo profesional son dos actos dotados de autonomía y sustantividad propia, lo que implica que el grupo no agota la descripción del trabajo convenido para dar cumplimiento así a lo previsto en el art. 20.1 E.T., y porque además el requisito de determinación del objeto del contrato (arts. 1261 y ss. C.C.) no se vería así cumplido por la sola adscripción del trabajador puesto a disposición a un grupo profesional⁷⁷⁴. Sin embargo, en los supuestos en los que es asignada una determinada categoría al trabajador puesto a disposición, ésta sí que puede servir para delimitar con mayor detalle las funciones que integran el contenido de la prestación laboral pactada, de forma que se dibujan con una mayor nitidez las órdenes que quedan incluidas en el poder de dirección que la empresa usuaria viene facultada a ejercer en virtud del art. 15.1 L.E.T.T..

Las consideraciones efectuadas tienen sentido siempre que la propia definición de las tareas contenidas en la categoría profesional no sean enunciadas de forma genérica, lo que fomentaría una ampliación de los poderes empresariales de la empresa usuaria y un aumento de la inseguridad jurídica con respecto a las funciones a las que se compromete el trabajador puesto a disposición, y que podría dar entrada a la posibilidad de actuación del *ius variandi* por la empresa usuaria, rompiéndose así la relación directa entre la categoría profesional y las funciones reales, al permitir a dicho empresario

⁷⁷⁴ En este sentido, vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “La movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, *Ibidem*, Madrid, 1997, pág. 21.

asignar unilateralmente otro tipo de tareas⁷⁷⁵. La necesidad de esta determinación de la prestación laboral se deriva del elemento objetivo de la prestación debida por el trabajador en el contrato de trabajo, para poder delimitar así correctamente el objeto de la obligación a la que se compromete el trabajador -el trabajo convenido, según el art. 20.1 E.T.-. Es una concreción del objeto contractual entre la E.T.T. y el trabajador que preferiblemente debería llevarse a cabo a través de categorías que contengan las específicas funciones a realizar por el trabajador, del mismo modo que en el ordenamiento italiano el acto de clasificación profesional (*qualifica professionale*) supone la asignación a una categoría (*categoria contrattuale*) en función de las tareas (*mansioni*) que el trabajador se compromete a prestar⁷⁷⁶.

1.2. La clasificación profesional en la negociación colectiva.

De los convenios colectivos de E.T.T. analizados, no puede extraerse la conclusión de que la clasificación profesional del trabajador -en función de los criterios de clasificación seguidos por la negociación colectiva- pueda llevarse a cabo de una forma precisa, sino que, por el contrario estamos en presencia de criterios genéricos. El análisis de estas normas convencionales puede hacerse siguiendo como ejemplo el art. 20 del II Convenio estatal de E.T.T., en el que se establece un sistema de clasificación profesional en grupos funcionales y niveles profesionales a través de la interpretación y aplicación de criterios generales objetivos y de las tareas y funciones básicas más representativas que desarrollen los trabajadores. Los criterios generales objetivos utilizados para el diseño del sistema de clasificación profesional son denominados “factores para la calificación y encuadramiento profesional”, y son los siguientes: conocimientos, experiencia, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando y

⁷⁷⁵ Como ya puso de relieve VALDÉS DAL-RÉ, F., “La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por el ejercicio del ius variandi empresarial”, Revista de Política Social, nº 103, 1974, pág. 5.

⁷⁷⁶ En este sentido, señalan GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., “Il rapporto di lavoro”, Zanichelli, Bologna, 1995, págs. 146-147, que la categoría del trabajador deberá individualizarse en base a la actividad que el trabajador está llamado a desarrollar.

complejidad⁷⁷⁷. Algunos de ellos son definidos por la norma convencional, pero otros no -como es el caso de la experiencia-, y todos ellos suponen los criterios para la asignación al trabajador de lo que se denominan “niveles profesionales”. Sin embargo, esta adscripción del trabajador a un determinado “nivel profesional” no es el único parámetro que se sigue, pues el sistema de clasificación profesional articulado en el convenio estatal de E.T.T. se articula en función de la adscripción a un determinado grupo funcional y a un nivel profesional, cuya conjunción establecerá la clasificación profesional del trabajador puesto a disposición. Por lo que se refiere a la adscripción a los grupos profesionales, se establece un sistema de clasificación atendiendo a los siguientes grupos: técnicos, empleados y operarios, definiéndose lo que ha de entenderse por éstos en virtud de los factores para la calificación y encuadramiento profesional que se han visto con anterioridad -conocimientos, experiencia, grado de autonomía, responsabilidad, iniciativa, etc-. En relación a los niveles profesionales, la primera duda que se plantea es a qué se refiere la terminología “nivel profesional” empleada por la norma convencional. A mi juicio, estamos ante otro tipo de grupos profesionales, ya que, siguiendo lo dispuesto por el art. 22.2 E.T., en ellos se produce un agrupamiento en aptitudes profesionales, titulaciones y tareas que podrían incluirse como “contenido general de la prestación”, según el citado precepto. No resulta fácil por la generalidad con la que se describen las funciones que figuran incluidas en los mismos, pero, a mi juicio, el concepto de grupo sería el que más se adecuaría a la estructura que presentan este tipo de categoría jurídica extraña al Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, la enumeración de los distintos niveles se realiza siguiendo un criterio de mayor a menor cualificación -del nivel profesional 1 al nivel 7, además de un nivel 0 reservado a los altos puesto de dirección en la empresa-. En cuanto al contenido de dichos niveles, hay que destacar que la aplicación de mencionados factores para la calificación y encuadramiento profesional se encuentran también reflejados de una

⁷⁷⁷ También se siguen estos criterios en el art. 18 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

forma bastante genérica, y, en general, aparecen aisladamente a la hora de proceder a la descripción de las tareas incluidas en cada uno de estos niveles profesionales. Esta clasificación en niveles profesionales se lleva a cabo de una forma bastante indeterminada, enunciando en primer lugar una serie de criterios generales seguidos a la hora de establecer dicha clasificación y completando la descripción del nivel profesional con una enumeración de actividades que únicamente poseen un carácter meramente ejemplificativo. La combinación de la ambigüedad de los criterios generales utilizados con el listado de tareas a modo de ejemplo da como resultado la asunción de un sistema de clasificación que difícilmente va a poder concretar el contenido de la prestación del trabajador contratado por la E.T.T..

Esta generalidad predicable del sistema de clasificación profesional establecido en la negociación colectiva estatal de E.T.T. se refuerza con una cláusula general que contiene dos tipos de previsiones. Por una parte, se permite el supuesto de concurrencia, en un mismo puesto de trabajo, de tareas correspondientes a diferentes niveles profesionales, en cuyo caso la clasificación se realizará en función de las actividades propias del nivel profesional superior. Esta cláusula está contemplando un sistema de clasificación en el que se admite el acuerdo de polivalencia funcional del trabajador contratado por la E.T.T.. Se permite así la asignación al trabajador a diferentes grupos profesionales, realizándose la equiparación en función de las actividades propias del nivel profesional superior, por lo que el concepto de “funciones prevalentes” contenido en el art. 22 E.T. se aplica en este convenio colectivo como aquellas que corresponden al nivel profesional superior. Esta equiparación del trabajador al nivel retributivo superior, no elimina los problemas que se plantean como consecuencia de la posibilidad de acordar la polivalencia funcional de los trabajadores contratados por la E.T.T., pues no se impide el hecho de que, a modo de ejemplo, un trabajador clasificado como técnico de nivel profesional 7 pueda desempeñar las funciones correspondientes a un empleado de nivel 5⁷⁷⁸.

⁷⁷⁸ Tal como pone de manifiesto ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, op. cit., págs. 139-140,

En segundo lugar, este criterio de clasificación no impedirá “que se excluya, en los puestos de trabajo de cada nivel profesional, la realización de tareas complementarias que sean básicas para puestos cualificados en niveles profesionales inferiores”. A través de esta previsión, se intenta cerrar el círculo para que al trabajador puesto a disposición pueda asignársele, en el ámbito de la empresa usuaria, funciones pertenecientes a niveles profesionales inferiores. Se trata de dejar a la empresa usuaria la plena autonomía para poder encuadrar al trabajador -sin problema alguno- dentro de su estructura organizativa y productiva. Tal como está diseñado el sistema de polivalencia funcional en el convenio colectivo estatal de E.T.T., puede afirmarse que no se cumplen los mínimos requisitos de especificación del objeto contractual, pudiendo el trabajador ser llamado para desempeñar cualquier trabajo si ha acordado con la E.T.T. este tipo de clasificación. Se ha definido la polivalencia funcional como aquella acción que “consiste en realizar indistintamente y en distintos puestos de trabajo cometidos de más de una especialidad encuadrados en el mismo grupo, área o nivel funcional”⁷⁷⁹. Visto el panorama de clasificación profesional en el ámbito de las E.T.T., esta definición de polivalencia no llega a englobar las previsiones que, de la conjunción de las reglas de clasificación del art. 22 E.T. y de la negociación colectiva aplicable a este tipo de empresas, se han llegado a plasmar a la hora de permitir que el trabajador puesto a disposición pueda llegar a desempeñar prácticamente todo el elenco de tareas que se le asigne por parte de la empresa usuaria. Dentro de las posibilidades que ofrece el art. 22.5 E.T. a la hora de pactar la polivalencia funcional de dos o más categorías, grupos o niveles, la normativa convencional ha abierto el camino más amplio para el ejercicio de las facultades empresariales por parte de la empresa usuaria, al permitir directamente dicha polivalencia a través de grupos profesionales -que en la normativa convencional vienen denominados niveles profesionales

resultados como éste resultan del todo criticables, “cualquiera que sea el significado que se le dé al término prevalente”.

⁷⁷⁹ ALEMÁN PÁEZ, F., “La polivalencia profesional”, Relaciones Laborales, nº 10, 1994, pág. 13.

En cualquier caso, la conclusión que puede extraerse del sistema de clasificación profesional diseñado por el convenio colectivo estatal de E.T.T. es que estamos en presencia de criterios genéricos o de alcance indeterminado cuyo objetivo claro es alcanzar una estructura profesional directamente correspondida con las necesidades de las empresas usuarias, tal y como expresamente señala el propio precepto objeto de análisis. Se han primado, pues, las necesidades de las empresas usuarias sobre el objetivo que inicialmente se ha señalado como prioritario, esto es, la adecuación de la clasificación profesional del trabajador con el objeto propio del contrato celebrado con la E.T.T.. En este aspecto de la clasificación profesional, y visto el ejemplo que supone el convenio colectivo estatal de E.T.T., es donde mejor puede apreciarse la recepción de las tesis comunitaristas de los poderes empresariales, al consagrarse determinadas formas de organización del trabajo cuyo objetivo prioritario consiste en posibilitar la eficacia de los recursos humanos en la empresa usuaria. Estamos ante regulaciones que difícilmente respetan los contenidos legales en relación al objeto del contrato.

Llegados a este punto, no hay que perder de vista que el contrato de trabajo que celebran la E.T.T. y el trabajador constituye un acuerdo de voluntades, un negocio jurídico contractual que para ser considerado como tal requiere consentimiento y objeto cierto, siguiendo las más elementales reglas contenidas en el Código Civil (arts. 1261 y ss.). Tal como están previstos los criterios de clasificación profesional, y teniendo en cuenta que la E.T.T. puede intentar generalizar al máximo las tareas para lograr una adscripción del trabajador que no plantee demasiados problemas a la empresa usuaria, se pone de manifiesto que el sistema de estructuración de poderes entre la E.T.T. y la empresa usuaria, unido a la flexibilización de las reglas que en materia de clasificación profesional llevó a cabo la reforma de 1994, vuelve a incidir en la prioridad de la organización empresarial en detrimento de los derechos del trabajador puesto a disposición, que -además de la precariedad a la que se ve sometido en función de la corta duración de sus contratos- ve así empeoradas las condiciones de ejecución de la prestación laboral. La normativa no ha previsto mecanismos de adecuación de estas especiales circunstancias a las que se ve sometido el trabajador; antes al contrario, la

ausencia de garantías en este punto nos lleva de nuevo a concluir en la marginación de todas aquellas estructuras que parten de la asunción de la contractualista de los poderes empresariales, prevaleciendo básicamente los intereses propios de la empresa usuaria, al más puro estilo de las teorías comunitaristas de los poderes empresariales⁷⁸⁰.

2. La aplicación de las reglas de movilidad funcional en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

2.1. La movilidad funcional ordinaria: el empresario facultado para llevarla a cabo.

La movilidad funcional ordinaria consiste en el cambio de funciones que el empresario puede decidir libremente en ejercicio del poder de dirección, siempre que las nuevas funciones que se encomienden al trabajador estén incluidas en su grupo profesional o entre categorías equivalentes, sin más limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral (art. 39.1 E.T.) y sin que se produzca un menoscabo de la dignidad del trabajador o un perjuicio de su formación y promoción profesional (art. 39.3 E.T.). Dentro del concepto de categorías equivalentes, la movilidad también puede ejercitarse entre aquellas que no están integradas en un grupo profesional, pero con la matización, según ALARCÓN CARACUEL, que este tipo de movilidad operará en los supuestos en los que el grupo no se haya constituido, sin que pueda darse la movilidad entre categorías equivalentes pertenecientes a grupos profesionales diferentes⁷⁸¹.

En una primera aproximación, y tomando como base la clasificación profesional que el convenio colectivo estatal de E.T.T. ha llevado a cabo, las movilidad funcional

⁷⁸⁰ Tal como pone de relieve ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, *Actualidad Laboral*, nº 26, 1995, pág. 437, también en materia de clasificación profesional, la nueva regulación llevada a cabo por la reforma de 1994 deja de tener un componente rígido para adaptarse a la flexibilidad, con preponderancia de la voluntad de las partes, ya sea en acuerdos individuales, ya en acuerdos colectivos.

ordinaria se presenta como un instrumento para que la empresa usuaria pueda adaptar a los trabajadores puestos a disposición a sus necesidades organizativas y productivas. Éste parece ser el objetivo de la reforma operada por la Ley 11/1994, en cuyo Preámbulo se expone que los objetivos de las modificaciones introducidas en los arts. 22 y 39 son la obtención de “una definición más flexible, ya desde el ingreso al trabajo, del contenido de la prestación laboral pactada, superando los rígidos esquemas de la clasificación subjetiva de los trabajadores, y una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades”, con la matización que “siempre en el ámbito de lo que constituyen las aptitudes profesionales del trabajador contratado”. Si se optase, pues, por la atribución a la empresa usuaria de la facultad de llevar a cabo determinados cambios encuadrables dentro del ámbito de su poder directivo -en este caso, la movilidad funcional ordinaria-, resulta evidente que dicha empresa utilizará el instrumento que pueda llevarle a racionalizar los recursos humanos con los que cuenta en la empresa. Ahora bien, esta primera aproximación necesita ser matizada a través de la concurrencia de otros factores que podrían impedir que la empresa usuaria pudiese proceder en cualquier caso a este tipo de modificaciones.

Lo primero que es necesario poner de manifiesto es que la empresa usuaria no es el empresario del trabajador puesto a disposición, por lo que sólo podrá proceder a la movilidad funcional ordinaria de sus trabajadores, a menos que se entienda que esta facultad entra dentro del ámbito del poder de dirección que el art. 15.1 L.E.T.T. le atribuye. Con la actual regulación del art. 39.1 del E.T., la doctrina⁷⁸² y la

⁷⁸¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, op. cit., págs. 143.

⁷⁸² Así, VALDÉS DAL-RÉ, F., “La movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, op. cit., pág. 36; SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F., “La modificación de la prestación de trabajo”, Deusto, Bilbao, 1991, pág. 40; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Poder de dirección y movilidad funcional. El estado de la cuestión en torno a los nuevos criterios de clasificación profesional”, en AA.VV., “La flexibilidad laboral en España”, Zaragoza, Facultad de Derecho, 1993, pág. 259; CAMPS RUIZ, L.M., “El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, op. cit., pág. 56; ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, op. cit., pág. 143; SALA FRANCO, T., “La movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 70.

jurisprudencia⁷⁸³ mayoritarias se han inclinado por la consideración de que el empresario puede requerir al trabajador el desempeño de funciones propias de su grupo o integradas en categorías profesionales equivalentes, ya que esta facultad se incluye dentro del poder de dirección empresarial. Algunos autores han señalado también que este ejercicio regular del poder directivo empresarial no requiere acreditar la concurrencia de una causa justificativa específica en el momento de proceder a la movilidad ordinaria del trabajador⁷⁸⁴. La cuestión estriba, pues, en dilucidar si este tipo de consideraciones son también aplicables a los supuestos en los que el trabajador es contratado por la E.T.T. para prestar sus servicios en la empresa usuaria.

Así pues, si se llega a la conclusión de que la movilidad funcional ordinaria entra dentro del ejercicio de poder de dirección del empresario, la consecuencia sería que la empresa usuaria podría proceder a la modificación de las funciones en este ámbito. Sin embargo, esta afirmación no puede hacerse sin el necesario análisis de aquellas circunstancias que concurren en el desarrollo de la prestación laboral del trabajador puesto a disposición. Así pues, se suscita el interrogante sobre si dichas circunstancias influyen decisivamente a la hora de configurar este tipo de movilidad dentro del poder de dirección de la empresa usuaria, además de que si entran en juego otros factores dignos de tener en cuenta, ya que, como ha sido puesto de manifiesto en otras ocasiones, no nos encontramos ante una relación bilateral típica a la que le sean aplicables sin más los mismos parámetros utilizados en los distintos institutos jurídicos que conforman el ordenamiento laboral.

En relación a si la movilidad funcional ordinaria requiere la existencia de causas justificativas de la decisión empresarial tomada por la empresa usuaria, ya se ha señalado que la doctrina es más bien partidaria de incluir plenamente esta facultad

⁷⁸³ STS 16-1-1997 (Ar. 498); STS 15-1-1996 (Ar. 105); STS 6-2-1995 (Ar. 778); STS 20-12-1994 (Ar. 677); STS 21-6-1994 (Ar. 6315).

⁷⁸⁴ CAMPS RUIZ, L.M., "El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional", op. cit., pág. 56; MARTÍNEZ ABASCAL, V., "Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional", Revista Española de Derecho del Trabajo, n°67, 1994, y SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F., "La modificación de la prestación de trabajo", op. cit., pág. 41.

dentro del ámbito del poder directivo del empresario, sin que a ello sea exigible la concurrencia de causas justificativas, aunque éste es un aspecto que es susceptible de ser previsto a través de las normas sectoriales⁷⁸⁵, si bien no es el caso de los convenios colectivos de E.T.T., los cuales, antes al contrario, atribuyen la facultad de llevar a cabo la movilidad funcional del trabajador en función de las necesidades de la empresa usuaria sin que sea exigible causa alguna que justifique este tipo de decisión. No obstante, y aun partiendo de la base de que el art. 39.1 E.T. no establece como requisito la acreditación de que concurren causas justificativas específicas, lo que resulta evidente es que este cambio de funciones va a afectar, de alguna manera, al contenido de la prestación pactada inicialmente por la E.T.T. y el trabajador. De este modo, la atribución de esta potestad a la empresa usuaria haría prevalecer, por encima de cualquier pacto, el interés del empresario usuario en una utilización más flexible de la mano de obra, y ello en perjuicio de las condiciones laborales que se estipularon inicialmente entre la E.T.T. y el trabajador. Independientemente de la ambigüedad con la que aparezca diseñado el sistema de clasificación profesional en el convenio colectivo de la E.T.T., lo cierto es que el acuerdo contractual de funciones plasmado en el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador habrá delimitado, en mayor o menor medida, las funciones a realizar dentro del concepto más amplio del contenido de la prestación objeto del contrato.

Por otra parte, la exigencia de la determinación previa de dicho contenido es una obligación introducida en el art. 22.5 E.T. por la Ley 11/1994, que podría interpretarse como una pretensión de mayor rigor en la identificación de aquel objeto⁷⁸⁶. Asimismo, el contrato constituye el instrumento jurídico previsto por la normativa de E.T.T. para que en él quede reflejado dicho contenido de la prestación laboral (art. 15.2.d y 15.3.c

⁷⁸⁵ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F., “La modificación de la prestación de trabajo”, op. cit., pág. 42, señalan que “no existe inconveniente jurídico alguno que impida fijar en la negociación colectiva límites causales de todo tipo”.

⁷⁸⁶ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994, pág. 172, destaca el hecho de que “el legislador no se contenta con una indicación abstracta (...), sino que impone una determinación concreta del contenido de la prestación laboral”.

R.E.T.T.), es decir, que en esta regulación se reitera la exigencia de que en el contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador quede consignado el objeto del contrato, reiteración que -a mi juicio- constata el especial interés del legislador en que aquél quede delimitado. La dificultad está, pues, en combinar la facultad de la empresa usuaria de proceder a la movilidad funcional ordinaria -por incluirse ésta dentro del ámbito del poder directivo- con el hecho de que el objeto del contrato pactado entre la E.T.T. y el trabajador no se vea afectado en su esencia. Dado que esta prerrogativa va a tener una repercusión evidente en la delimitación inicial del objeto del contrato, resulta coherente que tengan que producirse en el marco de dicha empresa determinadas causas que justifiquen la decisión empresarial. Así lo exige el hecho de que el trabajador está obligado a realizar el “trabajo convenido” (art. 20.1 E.T.), y las nuevas funciones encomendadas al trabajador puesto a disposición -aun estando integradas dentro del mismo grupo profesional o de categorías equivalentes- no entran a formar parte del trabajo convenido inicialmente en el contrato.

Todo ello se ha de poner en relación con el deber del trabajador de cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo (art. 5.a E.T.). Por otra parte, aunque la exigencia de causas justificativas de la movilidad ordinaria sea discutible como consecuencia del tenor literal del art. 39.1 E.T., lo que sí que deberá respetarse es el principio de buena fe contractual del art. 1.258 C.C.⁷⁸⁷, así como el principio de no discriminación a través de “decisiones unilaterales del empresario” (arts. 4.2.c y 17.1 E.T.). Y ello porque, si bien la organización del trabajo es una facultad de la empresa, las consecuencias en el uso de dicha facultad no resultan indiferentes al ordenamiento jurídico, pues la organización de la empresa no equivale a la libre disposición sobre el destino los trabajadores que prestan sus servicios en la misma.

⁷⁸⁷ Así, señala la STSJ de Cataluña 10-5-1996 (Ar. 1642) que “el *ius variandi* en su faceta de movilidad funcional autorizada por el art. 39 E.T., como potestad del empresario de modificar las condiciones de la prestación del trabajador por su voluntad unilateral, descansa en el poder de dirección y de organización de aquél, pero no constituye una facultad arbitraria y omnímoda que le permita cambiar a sus trabajadores en las funciones habitualmente desempeñadas, sino que se haya limitado tanto por el principio de buena fe

Además de las limitaciones expuestas, hay que señalar que las especiales circunstancias en las que se desarrolla la prestación del trabajador en la empresa usuaria obligan a prestar una especial atención a los riesgos laborales como límite a la movilidad funcional ordinaria. El trabajador contratado por la E.T.T. forma parte de un especial grupo de riesgo si se tiene en cuenta la insuficiente formación que se proporciona a este colectivo de trabajadores, dada la urgencia con la que han de ser puestos a disposición a las empresas usuarias. Del mismo modo que anteriormente se ha puesto de manifiesto en materia de movilidad geográfica, también la movilidad geográfica de los trabajadores contratados por las E.T.T. resulta difícil compatibilizar esta facultad empresarial con la exigencia que establece el art. 12.2 L.E.T.T., esto es, con la obligación por parte de la E.T.T. de facilitar a los trabajadores la formación suficiente y adecuada a las características del puestos de trabajo a cubrir. Si la satisfacción a esta obligación general de formación ya es difícil de llevar a cabo en el momento en el que el trabajador es contratado por la E.T.T., más difícil será dar cumplimiento a la misma en los supuestos en los que, en el desarrollo de la prestación de servicios en la empresa usuaria, ésta lleve a cabo una orden de movilidad funcional del trabajador puesto a disposición. Una vez el trabajador ya se ha integrado dentro del esquema organizativo de la empresa usuaria, ésta adquiere las facultades de dirección y control de la actividad laboral, por lo inevitablemente va a disminuir la eficacia a la hora de que la E.T.T. vuelva a proporcionar la formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a los que el trabajador vaya a estar expuesto.

Esta situación se agrava si se piensa que no se han articulado las debidas garantías para que la E.T.T. pueda, en estos casos, proporcionar la adecuada formación en relación a las nuevas funciones que van a ser desempeñadas por el trabajador puesto a disposición. Sin embargo, la obligación es clara y el cumplimiento ha de realizarse

inspirador de toda relación jurídica como por el respeto a los derechos profesionales y económicos del trabajador y a su dignidad humana”.

con los requisitos previstos en el art. 12.1 L.E.T.T.. Este supuesto se configura independientemente de la aptitud para desempeñar las nuevas tareas asignadas al trabajador por la empresa usuaria, ya que la prohibición de la agravación en los riesgos viene referida a todos los puestos de trabajo, se realicen o no dentro del conjunto de la prestación debida⁷⁸⁸, por lo que con más motivo quedan fuera del ámbito del poder directivo de la empresa usuaria en los casos en los que al trabajador se le encomienden funciones que no formaban parte del contenido de la prestación objeto del contrato.

2.2. La movilidad funcional extraordinaria: las causas justificativas de la decisión empresarial.

2.2.1. La dificultad en el cumplimiento de los requisitos causales en las empresas de trabajo temporal.

La movilidad funcional extraordinaria es la prevista en el art. 39.2 E.T., y no es encuadrable dentro del poder de dirección ordinario del empresario. Según la doctrina mayoritaria, este tipo de movilidad funcional se residencia en el *ius variandi* empresarial, cuyo carácter extraordinario viene dado por los requisitos que se exigen para su ejercicio, de forma que la medida no puede ampararse únicamente en las facultades de especificación de la prestación de servicios, sino que su validez sí que precisa de una causa concreta⁷⁸⁹. De este modo, el art. 39.2 E.T. regula de forma mucho más estricta la posibilidad de poder asignar al trabajador funciones que excedan del grupo profesional o de las categorías equivalentes, al resultar más grave el conflicto de intereses que se crea entre la pretensión empresarial y la situación del trabajador. Este plus de exigencia viene determinado por el requisito de que existan “razones técnicas u organizativas que la justifiquen”, a lo que hay que añadir que en el supuesto de encomienda de funciones inferiores, la movilidad funcional deberá estar justificada “por

⁷⁸⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., págs. 189-190.

⁷⁸⁹ Tal como pone de manifiesto CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., págs. 79-80, “ya no se trata de fenómenos cotidianos en la marcha ordinaria de la producción pues para ello existe el poder de dirección en sentido estricto, que va a ir especificando internamente el contenido de la prestación. Por el contrario, se trata básicamente de circunstancias extraordinarias en cuanto que aparecen inesperadamente a lo largo del ciclo productivo”.

necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva”. A la exigencia causal se une el requisito temporal de que la movilidad únicamente podrá durar “el tiempo imprescindible para su atención”. La existencia de las razones a las que se ha hecho mención suponen una limitación a las facultades empresariales que lleva a la conclusión de que estamos ante una facultad que excedería del poder de dirección *strictu sensu* de la empresa usuaria -art. 15.1 L.E.T.T.-, al no formar parte de aquellas facultades de especificación de la prestación de trabajo.

Si se toma como premisa la opción contractualista por la que se ha optado a lo largo de este estudio, resultará difícil asignar a la empresa usuaria la facultad de poder llevar a cabo unilateralmente este tipo de medidas, al exceder del poder de dirección que le viene atribuido por la normativa específica de E.T.T.. Si esta posibilidad queda descartada desde la óptica contractualista de referencia, la siguiente cuestión es si la E.T.T., previa comunicación de las necesidades técnicas u organizativas y perentorias o imprevisibles por parte de la empresa usuaria, puede proceder a impartir la correspondiente orden de movilidad funcional extraordinaria al trabajador puesto a disposición. Esto obliga a considerar el problema desde la perspectiva de las causas exigibles a la hora de proceder a la movilidad funcional extraordinaria contenida en el art. 39.2 E.T.

El primer obstáculo con el que nos encontramos al aplicar las previsiones de la movilidad funcional extraordinaria a las relaciones en las que intervienen las E.T.T. estriba en la circunstancia de que esta exigencia de razones técnicas u organizativas y de necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva -estas últimas en el caso en el que se encomienden funciones inferiores- constituye un concepto jurídico indeterminado. Pero, a pesar de esta indeterminación legal, lo que resulta indiscutible es que la normativa laboral está exigiendo la concurrencia de una situación extraordinaria de la empresa que lleva a la misma a la adopción de estas medidas. Esta necesidad de

que se produzcan “acontecimientos extraordinarios”⁷⁹⁰ aplicada a los supuestos en los que la empresa usuaria pretendiese encomendar funciones extraordinarias inferiores, obligaría a la E.T.T. a procurar un adecuado conocimiento sobre la concurrencia o no de las mismas en el ámbito de aquélla, ante lo que nos encontramos con el problema de la inexistencia de mecanismos que faciliten dicha labor. A ello hay que añadir que la normativa laboral no proporciona ningún criterio para entender cuando concurren dichas causas, a diferencia de lo que ocurre en materia de movilidad geográfica, que -a pesar de seguir criterios con una alta dosis de indeterminación- se concreta algo más el sentido de dichas causas al señalar el art. 40.1 E.T. que se entenderá que concurren dichas causas cuando las medidas previstas “contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la contratación de trabajadores a través de las E.T.T. sólo puede realizarse con carácter temporal, durante el tiempo imprescindible para la cobertura de las necesidades temporales de la empresa usuaria, necesidades que se concretan en los supuestos de contratación previstos en el art. 6.2 L.E.T.T. -obra o servicio, eventualidad, interinidad por vacante e interinidad durante el proceso de selección o promoción-. Estas causas de contratación se basan precisamente en las necesidades organizativas y productivas de la empresa usuaria, legitimando así el recurso a las E.T.T., necesidades que resultan coincidentes con las que justifican el recurso a la movilidad funcional extraordinaria del art. 39 E.T. Así pues, en el caso de querer proceder a la movilidad funcional del trabajador puesto a disposición, se daría la circunstancia de que precisamente las causas justificativas de la movilidad funcional -razones técnicas y organizativas- ya habrían sido tenidas en cuenta a la hora de que la empresa usuaria recurriese a los servicios de la E.T.T. para la cobertura del puesto de trabajo que ocupa el trabajador puesto a disposición.

⁷⁹⁰ En la terminología empleada por VALDÉS DAL-RÉ, F., “La ruptura de correspondencia función-categoría por el ejercicio del *ius variandi* empresarial”, op. cit, pág. 24.

Por lo tanto, el hecho de volver a utilizar las mismas razones de tipo organizativo empresarial a la hora de proceder a la movilidad funcional extraordinaria del trabajador puesto a disposición supondría el doble aprovechamiento por parte de la empresa usuaria de unas mismas necesidades para justificar tanto el recurso a este tipo de trabajadores como para legitimar la movilidad de los mismos. Esta circunstancia de reiteración de la causa con la finalidad de legitimar ambas instituciones jurídicas resulta difícilmente compatible con el carácter excepcional de la contratación de trabajadores a través de la E.T.T., excepcionalidad que se pone de manifiesto en la L.E.T.T. al permitirse el recurso a las E.T.T. únicamente en los supuestos de utilización previstos en el art. 6.2 de dicha norma y con carácter estrictamente temporal (art. 1 L.E.T.T.). Es por ello que, a mi juicio, resulta poco adecuado -tanto a lo dispuesto en el art. 6.2 L.E.T.T. como a la finalidad de la misma de la norma- la movilidad de los trabajadores puestos a disposición, por lo que sería deseable que la empresa usuaria recurriese a los trabajadores contratados directamente por ella a la hora de proceder a este tipo de modificaciones en la prestación de trabajo, y no a los trabajadores contratados por la E.T.T..

Contra esta interpretación podría alegarse que en los supuestos de movilidad funcional extraordinaria para el desempeño de funciones inferiores, las necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva parecen exigir un mayor grado de urgencia y necesidad dentro del complejo organizativo de la empresa, ya que estas causas parecen implicar la posibilidad de graves riesgos para el funcionamiento de la empresa⁷⁹¹, lo que no es predicable de los supuestos en los que se puede recurrir a los servicios de una E.T.T. según el art. 6.2 L.E.T.T.. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la peculiar posición que ostenta el trabajador contratado por una E.T.T. hacen difícil

⁷⁹¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La ruptura de correspondencia función-categoría por el ejercicio del ius variandi empresarial”, op. cit, pág. 24. , en relación a las necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, considera necesaria la concurrencia de “acontecimientos extraordinarios que no sean posibles de prever o que previstos sean sencillamente insuperables, incidentes que atentando contra la integridad física de las personas y material de las cosas, hayan acaecido de forma externa y objetiva, situaciones que afectan o pueden afectar de manera inminente y grave a la organización técnica y al proceso productivo de la empresa”.

la aplicación de las previsiones del art. 39. 1 E.T. a este tipo de trabajadores, desde una perspectiva contractualista de los poderes empresariales en virtud de la cual el contrato de trabajo supone la fuente pero también el límite a los mismos. Y ello porque el trabajador puesto a disposición ostenta una posición especialmente vulnerable ante las exigencias organizativas y productivas empresariales, apreciable en dos fases: por una parte, en el momento en que es contratado por la E.T.T., en el que es previsible que el pacto por el que se determinan sus funciones se haya llevado a cabo sin poder hacer valer los intereses que le son propios, dada la urgencia y el corto espacio de tiempo con la que la puesta a disposición se debe producir y puesto que de antemano la E.T.T. y la empresa usuaria ya han concertado un contrato de puesta a disposición para la cobertura de un puesto de trabajo cuyas funciones y contenido ya está prefijado, con independencia de cualquier otra consideración personal o familiar del trabajador puesto a disposición.

Por otra parte, la especial debilidad de este tipo de trabajadores se hace patente también en el mismo momento en que pasa a disposición de la empresa usuaria, empresa que no ha formado parte de la voluntad consensuada pactada en el contrato de trabajo y dentro de cuyo proceso productivo se va a integrar el trabajador, de forma que ésta intentará lógicamente buscar la mayor adaptación del trabajador puesto a disposición a su estructura organizativa a través de los mecanismos que le brinde el poder de dirección atribuido por el art. 15.1 L.E.T.T.. Es por ello que me inclino por la opción de que la empresa usuaria debe recurrir a los trabajadores contratados directamente por ella en los supuestos en los que pretenda llevar a cabo una medida de movilidad funcional extraordinaria, pues las razones expuestas anteriormente desaconsejan la aplicación de dichas medidas a los trabajadores contratados por la E.T.T..

Por otra parte, la necesaria causalidad predicable de las medidas de movilidad funcional extraordinaria del art. 39.2 E.T. obligaría a un conocimiento adecuado de las mismas por parte de la E.T.T. en relación a la concurrencia de las mismas en el ámbito

de la empresa usuaria. Tal como ya se ha puesto de manifiesto en los supuestos de movilidad geográfica, difícilmente la E.T.T. podrá llegar a un correcto conocimiento de dichas causas en un ámbito organizativo y productivo distinto del suyo propio. A esto se suma la circunstancia de que ni la L.E.T.T. ni los distintos convenios colectivos de E.T.T., tal como se verá en el siguiente apartado, han previsto los mecanismos para que las E.T.T. puedan asegurar que la medida de movilidad funcional se adapta a las causas previstas en el art. 39 E.T.

Con respecto a las modificaciones funcionales que exceden del ámbito del art.39 E.T., esta cuestión será tratada en el apartado relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, por remitirse el párrafo 5º del citado precepto a las reglas previstas en el art. 41 E.T.

2.2.2. La delimitación de las causas en la negociación colectiva.

Tampoco la normativa convencional de E.T.T. ha delimitado ni los criterios ni los procedimientos para entender que concurren dichas causas, ya que las previsiones en materia de movilidad funcional suelen remitirse al régimen legal contenido en el art. 39 E.T.⁷⁹², e incluso sobrepasando los límites que del mismo se derivan, en el sentido de justificar la movilidad funcional en el seno de las empresas usuarias en base a las facultades organizativas de éstas y de acuerdo con sus finalidades productivas⁷⁹³. Es más, los diferentes convenios colectivos no sólo no han previsto los procedimientos de

⁷⁹² Vid. art. 11 de Adia Intergrupp (BOE 30-8-1994); art. 13 de Manpower Team (1-11-1994), art. 11 de Nueva Cadegesa (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-1995), art. 11 de Laborman (BOE 2-2-1995), art. 11 de Gestión Temporal de Recursos Humanos (B.O. Navarra 15-2-1995), art. 10 de Adim (B.O. Comunidad de Madrid 21-2-1995), art. 11 de Faster Ibérica (BOE 10-3-1995), art. 11 de Grup Quatre Selecció (B.O.P. Barcelona 27-2-1995), art. 11 de Teamwork (BOE 5-4-1995), art. 12 de Servicio y Organización del Secretariado (B.O. Comunidad de Madrid 1-5-1995), art. 11 de Gonzal Gestión (B.O. Comunidad de Madrid 1-5-1995), art. 12 de Bicolán (BOE 24-5-1995).

⁷⁹³ art. 6 de ECCO (BOE 4-11-1994), art. 15 de Temps Trabajo Temporal (B.O. Comunidad de Madrid 21-12-1994), art. 10 de People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995), art. 9 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O. Comunidad de Madrid 24-1-1995), art. 14 de Administración, Gestión, Información y Organización (BOE 1-2-1995), art. de Dalgo Grup (D.O. Generalitat Valenciana 15-5-1995), art. 17 de Alta Gestión (BOE 10-2-1995), art. 17 de Fidelio (B.O. Navarra 13-2-1995), art. 10 de People Málaga (B.O.P. Málaga 16-3-1995), art. 6 de ELAN, Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), Art. 11 de Tempo Grup (D.O. Generalitat de Catalunya 28-4-1995), art. 6 de Consultores de Empleo (BOE 7-7-1995);art. 19 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Catalunya 20-11-1997).

comunicación adecuados entre ambas empresas, sino que, por el contrario, gran parte de éstos⁷⁹⁴ hace recaer sobre el trabajador puesto a disposición el deber de comunicar a la E.T.T. -“con la máxima diligencia y celeridad”- la medida de movilidad funcional llevada a cabo por la empresa usuaria, siendo éste el caso del art. 21 del II Convenio estatal de E.T.T.⁷⁹⁵. A mi juicio, la falta de previsión normativa en relación a los procedimientos que, en su caso, deberían haberse seguido por parte de la E.T.T. para poder llevar a cabo una orden de movilidad funcional, no pueden suplirse a través de la obligación del trabajador de comunicar “con urgencia y celeridad” los cambios introducidos en la prestación de trabajo. Por el contrario, la opción por la tesis contractualista de los poderes empresariales hace concluir, además de las razones expuestas anteriormente, que resulta imposible que un sujeto -la empresa usuaria- que no ha formado parte en la voluntad contractual pactada inicialmente pueda alterar sustancialmente el contenido de las funciones acordadas en el contrato de trabajo.

Un claro ejemplo en el que se atribuye a la empresa usuaria la facultad para llevar a cabo la movilidad funcional de los trabajadores puestos a disposición es el II Convenio Colectivo estatal de E.T.T.. Así, el art. 21 del citado convenio dispone que “la movilidad funcional en el seno de las E.T.T. o, en su caso, en las empresas usuarias, tendrá el régimen legal y las limitaciones previstas en el art. 39 del E.T.”. Esta cláusula ha de ponerse en relación con las amplias potestades que se confieren a la empresa usuaria -en los supuestos en los que concurren tareas correspondientes a distintos niveles profesionales e independientemente de la adscripción del trabajador en función de los criterios de clasificación contenidos en el convenio- para que ésta pueda encomendar al trabajador la realización de tareas complementarias que sean básicas para

⁷⁹⁴ Art. 13 del Convenio Colectivo de Manpower Team (BOE 1-11-1994), art. 6.a) de ECCO (BOE 4-11-1994), art. 15.2 de Temps Trabajo Temporal (B.O.C. Madrid 21-12-1994), art. 10 de People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995), art. 10 de People Justo a Tiempo Málaga (B.O.P. Málaga 16-3-1995), art. 6 de Elan Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), art.11 de Tempo Grup (D.O.Generalitat de Cataluña 28-4-1995), art. 6 de Bicolán (BOE 7-6-1995); art. 19 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

⁷⁹⁵ Cuyo apartado 2º establece que “el personal en misión que fuera objeto de movilidad funcional a instancia de la empresa usuaria donde presta actividad laboral habrá de comunicarlo a su empresa de trabajo temporal con la máxima diligencia y celeridad, sin perjuicio del derecho a percibir la retribución

puestos cualificados en niveles profesionales inferiores (art. 18 del mismo convenio colectivo).

Especial mención merecen otro tipo de cláusulas convencionales según las cuales el trabajador debe adaptarse a los cambios funcionales que decida la empresa usuaria, con las únicas limitaciones del respeto a su dignidad profesional y de su formación y promoción profesional, estableciéndose un límite temporal de seis meses, transcurridos los cuales, si subsisten las circunstancias, la E.T.T. podrá renegociar con la empresa usuaria el contrato de puesta a disposición⁷⁹⁶. Este tipo de previsiones están formuladas de manera genérica, con la finalidad que el trabajador se adapte a cualquier orden de movilidad funcional procedente de la empresa usuaria, sea esta movilidad ordinaria o extraordinaria. Además, se sustituye la necesaria causalidad que ha de darse en la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes por un período temporal de 6 meses durante el cual parece permitirse cualquier orden de movilidad funcional que provenga de la empresa usuaria. Así pues, la conclusión que se extrae de la regulación convencional es la inadecuación de las previsiones establecidas en los convenios colectivos a las reglas del art. 39 E.T., al permitirse unas prerrogativas a la empresa usuaria con respecto a los trabajadores puestos a disposición que exceden de las reglas contenidas en dicho precepto. Se trata de potestades manifiestamente ilegales que no respetan los mínimos de derecho necesario absoluto -art. 3.3. E.T.-, pues -al igual que se ha visto en el apartado relativo a movilidad geográfica- la regulación legal de la movilidad funcional debe considerarse, de carácter imperativo, y, por lo tanto, resulta vinculante para las fuentes de regulación de rango inferior a la ley, esto es, la negociación colectiva y el contrato de trabajo.

correspondiente a las funciones que realmente hubiere realizado, salvo que se tratara de funciones de un grupo profesional inferior, supuesto éste en el que mantendrá la retribución de origen”.

⁷⁹⁶ Art. 6 de ECCO (BOE 4-11-1995), art. 10 de People, Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995), art. 10 de People Málaga (B.O.P. Málaga 16-3-1995), art. 6 de ELAN Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), art. 6 de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

Tras concluir en la manifiesta ilegalidad de la mayor parte de las cláusulas convencionales que regulan los aspectos relativos a la movilidad funcional, el paso siguiente sería preguntarse si resulta posible que la negociación colectiva desempeñe alguna función en relación a la posibilidad de cambios funcionales del trabajador puesto a disposición. Por ejemplo, surge el interrogante sobre si resulta posible que la negociación colectiva regule aspectos no contemplados en la ley, como podrían ser el alcance o el significado que deben poseer las causas justificativas de la movilidad funcional extraordinaria. Sería un papel delimitador del que se exceden las cláusulas analizadas anteriormente, en virtud de las cuales se atribuyen unas prerrogativas en función de las necesidades productivas de la empresa usuaria que no tienen en consideración los límites impuestos por el art. 39 E.T. Se trataría, pues, de dilucidar si el convenio colectivo podría precisar el significado de estas causas, a través de una especie de relación de complementariedad con respecto a la ley, de forma que el art. 39 E.T. delimitaría las líneas básicas que en materia de movilidad funcional deben respetarse por la negociación colectiva, pero permitiendo a las partes negociadoras una regulación más detallada a través de los instrumentos convencionales⁷⁹⁷.

Sin embargo, esta posibilidad no resulta clara, puesto que, en primer lugar, el art. 39 E.T. no se remite a la negociación colectiva para que regule otros aspectos no contemplados en este precepto, por lo que incluso en una relación bilateral típica podrían plantearse serias dudas sobre si el convenio colectivo podría jugar el papel complementario expuesto anteriormente. A ello hay que añadir que en el supuesto específico de la movilidad funcional extraordinaria en las E.T.T. resulta difícil poder asignar al convenio este mismo papel, pues ello partiría de la base de admitir la posibilidad de que éstas lleven a cabo una orden de movilidad funcional extraordinaria a requerimiento de la empresa usuaria, lo cual resulta discutible por las razones que se han expuesto en el apartado anterior.

⁷⁹⁷ Se parte, en este punto, de las consideraciones en torno a la relación entre ley y convenio colectivo que han sido elaboradas por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Ley y autonomía colectiva. Un estudio

VIII. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.

1. La determinación del objeto del contrato: alcance.

Tal como ya se ha visto con anterioridad, el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador ha de contener una serie de menciones especificadas en el art. 15 R.E.T.T.. Entre éstas, figura el contenido de la prestación laboral (arts. 15.2.d y 15.3.c R.E.T.T.), contenido que interesa analizar para intentar conocer la posible aplicación posterior del régimen de modificación sustancial de las condiciones de trabajo contenido en el art. 41 E.T. En primer lugar, hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurría con la mención del lugar de trabajo -a la que alude expresamente el art. 15 R.E.T.T.-, la inclusión de todas aquellas condiciones de ejecución de la prestación laboral no figuran enumeradas a través de una lista tasada. Así, aparecen algunas -como el lugar y el horario de trabajo, la remuneración convenida- y, como cláusula general, el contenido de la prestación laboral. Ante el redactado de la norma surge la disyuntiva de calificar como condiciones esenciales del contrato únicamente las enumeradas en el art. 15 R.E.T.T. o bien es necesario seguir otros parámetros a la hora de llegar a esta calificación. En mi opinión, la consideración como condiciones sustanciales no ha de ser predicable en función de que aparezcan enumeradas o no en el art. 15 R.E.T.T., sino que resulta más adecuado buscar otros criterios interpretativos. Así, del mismo modo que se ha seguido la interpretación sobre el carácter no tasado de las materias relacionadas en el art. 41 del E.T.⁷⁹⁸, puede decirse que la calificación como sustancial

⁷⁹⁸ Así, señala LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994, pág. 313, que, “en el art. 41 siguen citándose, con carácter ejemplificativo, las materias cuya modificación, en principio, será sustancial. La única novedad, en relación con la regulación anterior, radica en la adición, en la letra f) de las «funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta ley». Mención ésta que tiene un mero carácter declarativo que viene a incorporar legislativamente lo que ya venía manteniendo tanto la doctrina como la jurisprudencia”. En favor del carácter ejemplificativo de la enumeración del art. 41 E.T. se pronuncia también MARTÍN VALVERDE, A., “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO

de las condiciones laborales del trabajador puesto a disposición no dependerá de su enumeración en el art. 15 R.E.T.T., pues ésta sería también una enumeración meramente ejemplificativa, conteniéndose una cláusula general por lo que respecta al “contenido de la prestación laboral” (arts. 15.2.d y 15.3.c R.E.T.T.).

Uno de los criterios posibles a seguir para concluir en el carácter de sustancial o no de las condiciones contractuales del trabajador contratado por la E.T.T. estribaría en proceder a la calificación de las mismas en el momento de proceder a una hipotética modificación de dichas condiciones, por lo que, tal como ha señalado la doctrina, para la configuración de una determinada modificación como sustancial o no sustancial habrá que atender, desde luego, a la materia sobre la que verse la condición correspondiente, pero también a las características mismas de la modificación, desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal y de las eventuales compensaciones para el trabajador⁷⁹⁹. Habrá por tanto que estar no sólo a la materia sobre la que incide la modificación sino especialmente a la entidad, importancia y características que dicha variación implica, para así dilucidar si estamos en presencia de una modificación sustancial. Es decir, deberá valorarse la importancia cualitativa de la modificación en el momento en el que ésta se produzca, entendiendo por modificación sustancial aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en el art. 41.2 pasando a ser claramente otras distintas⁸⁰⁰. Sin embargo, este criterio sólo puede ser utilizado a posteriori, esto es, una vez operada la modificación en la condición de trabajo, para poder en ese momento -y vista la importancia cualitativa de la misma-, valorar la esencialidad o no de la condición que se modifica.

Por ello, a la hora de calificar una condición como sustancial o no, puede resultar un criterio válido la identificación que, como elementos esenciales del contrato

RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pág. 80.

⁷⁹⁹ En este sentido, CAMPS RUIZ, “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit., pág. 54.

de trabajo o de la relación laboral lleva a cabo la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o relación laboral⁸⁰¹. En esta norma comunitaria se contiene la preceptiva obligación del empresario de poner en conocimiento del trabajador los elementos esenciales del contrato de trabajo (art. 2.1), mencionando una serie de elementos a través de una lista que puede calificarse como meramente ejemplificativa (art. 2.2), carácter que se deduce del hecho que la norma señale que la información contemplada en el apartado 1 se referirá “al menos” a una serie de elementos que se enumeran a continuación. La expresión “al menos” es la que confiere, a mi entender, el carácter de lista abierta a la enumeración que lleva a cabo el citado precepto. No obstante, la Directiva confiere el carácter de esenciales a los siguientes elementos, independientemente del carácter abierto de la enumeración: a) la identidad de las partes; b) el lugar de trabajo; c) la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador o la caracterización o la descripción resumidas del trabajo; d) la fecha de comienzo de la relación laboral; e) la duración previsible del contrato, en los supuestos de modalidades temporales; f) la duración de las vacaciones; g) la duración de los plazos de preaviso a respetar por el empresario y el trabajador en el momento de la extinción del contrato; h) la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos y la periodicidad del pago; i) la duración de la jornada y h) en su caso, la referencia al convenio colectivo aplicable y la mención a las instituciones paritarias competentes.

En cualquier caso, la determinación del objeto de la prestación de trabajo así como las distintas condiciones laborales ha de llevarse a cabo en el contrato de trabajo celebrado por la E.T.T. y el trabajador viene exigida, como en cualquier otro tipo de contrato, en virtud de las reglas contenidas en el art. 1273 C.C., que exigen que el objeto

⁸⁰⁰ Ver, por todas, la STS de 3-12-1987 (Ar. 8822).

⁸⁰¹ DOCE, serie L, de 18 de octubre de 1991.

de todo contrato sea determinado en cuanto a su especie o determinable en cuanto a su cantidad⁸⁰².

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones del trabajador puesto a disposición.

2.1. Las modificaciones sustanciales de carácter individual.

2.1.1. El empresario legitimado para llevar a cabo las modificaciones sustanciales de carácter individual.

El art. 41 E.T. distingue entre modificaciones de carácter individual y colectivo. Con respecto a las primeras, se consideran de carácter individual “la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual”, lo que para un sector de la doctrina⁸⁰³ está incluyendo también las condiciones más beneficiosas de origen contractual. En relación al trabajador contratado por la E.T.T., será el contrato de trabajo entre estos dos sujetos el instrumento jurídico donde quedarán reflejadas las condiciones de trabajo a través de las cuales se va a desempeñar la prestación de servicios en la empresa usuaria, por lo que, de esta forma, quedarán plasmadas contractualmente las condiciones esenciales de la prestación de servicios que posee el trabajador puesto a disposición a título individual. Dentro de este conjunto de condiciones esenciales de la prestación de servicios, hay que considerar incluidas las condiciones más beneficiosas, pues es comúnmente aceptado por la doctrina que la condición más beneficiosa se incorpora al contrato, al ser un principio básico en el ordenamiento laboral que “cualquier condición más beneficiosa que la estrictamente exigible por la legalidad vigente, que las empresas otorguen o reconozcan de hecho, se incorpora al nexo de trabajo y ha de ser respetada como derecho adquirido”⁸⁰⁴, por lo

⁸⁰² SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F., “La modificación de la prestación de trabajo”, op.cit., pág. 17.

⁸⁰³ ALBIOL MONTESINOS, I., “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, Tribuna Social, nº 43, 1994, pág. 73.

⁸⁰⁴ SALA FRANCO, T., “El principio de condición más beneficiosa”, Revista de Política Social, nº 114, 1977, págs. 65 y 66.

que también la E.T.T. podrá atribuir ventajas a los trabajadores por encima de los límites mínimos fijados en las normas de derecho necesario relativo. Más difícil resultará la incorporación al nexo contractual de aquellos usos de empresa tácitamente consentidos por parte de la empresa usuaria en beneficio del trabajador puesto a disposición, puesto que se tratan de prácticas que no han sido instituidas por el empresario formal de éste, sino por aquél donde el trabajador desempeña la prestación de servicios. En consecuencia, el hecho de que la incorporación de las ventajas se produzca en estos casos a través de un acuerdo tácito entre las partes⁸⁰⁵, dificulta la incorporación de éstas en el contrato del trabajador, puesto que la empresa usuaria - desde una posición contractualista- no puede considerarse como parte del contrato de trabajo.

Centrando el tema, pues, en las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, el paso siguiente consiste en analizar la posibilidad de que la empresa usuaria lleve a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones laborales del trabajador puesto a disposición. Se trataría de dilucidar si la atribución del poder de dirección y control de la actividad laboral que se contiene en el art. 15 L.E.T.T. incluye la facultad de llevar a cabo modificaciones sustanciales de la prestación de trabajo. En mi opinión, esta cuestión ha de ser contestada negativamente, puesto que la opción por una perspectiva contractualista de los poderes empresariales impide la atribución a la empresa usuaria de dicha facultad, ya que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo excede del ámbito del poder de dirección empresarial configurado éste como una especificación interna de la prestación debida. Tal como pone de manifiesto CRUZ VILLALÓN, el verdadero *ius variandi* -el que determinada doctrina califica de excepcional, pero que en definitiva es el único existente-, “implica siempre variaciones esenciales en las condiciones de trabajo pactadas, que es en definitiva lo que lo identifica y

⁸⁰⁵ SAVATIER, “Le revocation des avantages resultant des usages de l’entreprise”, Droit Social, nº 12, 1986, pág. 895. En este sentido, también se pronuncia OJEDA AVILÉS, A., “El principio de condición más beneficiosa”, Revista de Política Social, nº 134, 1977, pág. 17 para quien los usos de empresa “se caracterizan por una reiteración tácitamente consentida por el empleador en beneficio de n grupo o de todo el personal del establecimiento”.

diferencia”⁸⁰⁶. Es por tanto, que el autor citado concluye que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo quedan inmersas dentro del concepto de *ius variandi* empresarial.

El paso siguiente estriba, pues, en dilucidar si el *ius variandi* puede, a su vez, incluirse dentro del ámbito del poder de dirección empresarial, siendo los efectos diferentes según se adopte una postura afirmativa o negativa. Así, de concluir afirmativamente, la empresa usuaria podría -en virtud de las facultades directivas que le son asignadas a través del art. 15.1 L.E.T.T.- proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex art. 41 E.T.*, mientras que si la conclusión es negativa, dichas facultades resultarán vedadas a la empresa usuaria. En este punto, mi opinión resulta coincidente con la de aquellos autores que afirman que el *ius variandi* excede del mero ejercicio del poder directivo, pues a través de este último el empresario desarrolla y especifica el contenido del objeto del contrato⁸⁰⁷. Asimismo, conviene recordar también en esta sede, que la opción por una postura contractualista de los poderes empresariales conlleva la exclusión del *ius variandi* empresarial del ámbito del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, principalmente porque la delimitación del objeto de la prestación de servicios reflejada en el contrato de trabajo no puede ser alterado por una empresa -la usuaria- que no ha formado parte en ningún momento en dicha voluntad contractual.

2.1.2. Requisitos para llevar a cabo la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual: especial referencia a las causas.

Excluida del ámbito del poder de dirección de la empresa usuaria la facultad de llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la cuestión se

⁸⁰⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., pág. 89.

⁸⁰⁷ En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F., “La organización del trabajo como facultad del empresario: el cambio de puesto de trabajo y la clasificación profesional”, *Revista de Política Social*, nº 108, pág. 266; VALDÉS DAL-RÉ, F., “La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por el ejercicio

centra en la posibilidad de que sea la E.T.T. la facultada para ello, a propuesta de la empresa usuaria, y con los requisitos del art. 41 E.T.. En el caso de contrata y subcontratas de obras o servicios, se ha venido considerando por algunas resoluciones judiciales que resulta suficientemente justificativa como causa el hecho de que la empresa principal modifique las condiciones de la contrata reduciendo las horas de trabajo pactadas así como el importe del precio a abonar por la contrata⁸⁰⁸. Si se aplicase analógicamente esta doctrina, el resultado sería la admisibilidad de este cambio de condiciones, donde la empresa principal vendría a ser la empresa usuaria y la contratista la E.T.T.. Ahora bien, el tema plantea una mayor complejidad, por lo que resulta necesario el análisis de los requisitos impuestos por el art. 41 E.T., para así concluir a favor o en contra de la posibilidad de que la E.T.T. lleve a cabo dichas modificaciones. En primer lugar, la adopción de estas medidas empresariales requiere la existencia de “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” (art. 41.1 E.T.), que son las mismas que pueden justificar las decisiones de movilidad geográfica (art. 40 E.T.), entendiéndose que concurren dichas causas -estableciéndose una identidad también en este punto con respecto al régimen jurídico de la movilidad geográfica- “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o un mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. En virtud de este paralelismo, son trasladables aquí las consideraciones que han sido expuestas en el apartado relativo a la movilidad geográfica del trabajador puesto a disposición. Al igual que sucede con los supuestos de movilidad geográfica, el problema fundamental que se suscita en el supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del trabajador contratado por la E.T.T. es la valoración que ésta debe realizar como paso previo a la variación en las condiciones de la prestación de servicios. La hipotética existencia de estas causas en la empresa usuaria, requiere que la

del ius variandi empresarial”, op. cit., pág. 11; CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, op. cit., pág. 104.

⁸⁰⁸ STSJ de Castilla/León 17-2-1995 (Ar. 626), según la cual “la empresa citada no tenía otra opción racional que la de suprimir o reducir el horario de sus trabajadores, pues debe tenerse en cuenta que la Universidad de Salamanca en la contrata de limpieza que concertó con la recurrente, le redujo el número de horas de trabajo en los centros donde debía prestar el servicio de limpieza”.

E.T.T. posea un conocimiento suficiente y adecuado en relación a la concurrencia de las mismas, para lo cual la L.E.T.T. no ha previsto ningún procedimiento al respecto⁸⁰⁹.

Por otra parte, los criterios que el art. 41.1 E.T. proporciona con la finalidad de entender cuando se dan las causas mencionadas tampoco permiten a la E.T.T. llegar a un correcto conocimiento de la existencia de las mismas, ya que el modo a través del cual la empresa usuaria organiza su estructura empresarial es algo que excede del control de la primera. Así pues, la E.T.T. no puede conocer con exactitud si la medida pretendida por la empresa usuaria mejora su situación a través de una más adecuada organización de sus recursos, ni tampoco parece lógico que sea la E.T.T. la facultada para valorar si la medida permite mejorar la posición competitiva en el mercado de la empresa usuaria o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, puesto que la actividad de la E.T.T. se limita a la puesta a disposición de trabajadores por ella contratados, siendo otra actividad diferente la desarrollada por la empresa usuaria. Admitir que la E.T.T. pueda llevar a cabo este tipo de modificaciones implicaría que una empresa que desconoce el sector de actividad donde actúa la empresa usuaria tome decisiones que sólo pueden llevarse a cabo a través de un proceso de decisión sobre la medida modificativa, lo que resulta imposible por dos motivos principales: por el desconocimiento del sector en el que opera la empresa usuaria y, derivado del anterior, por la imposibilidad de valorar correctamente la adecuación de dicha medida a las circunstancias existentes en el mercado.

Conviene detenerse en la mención del art. 41.1 E.T. en relación a que la medida adoptada por la empresa contribuya a mejorar la situación de la misma a través de “una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. El hecho de que la

⁸⁰⁹ Tal como señala , CRUZ VILLALÓN, J., “El artículo 41 del E.T. tras la reforma de 1994, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 121, “la norma mantiene la exigencia de concurrencia de estas concretas circunstancias, de modo que por mucho que se hayan ampliado en la literalidad de la norma, las mismas siguen constituyendo un condicionante a los cambios. No se trata de una mera declaración programática por parte de la norma, sino que suponen un efectivo requisito legal”.

E.T.T. pueda llevar a cabo una modificación de las condiciones de trabajo a instancia de la empresa usuaria no resulta coherente con el tenor de esta previsión del art. 41.1 E.T. en lo que se refiere a que con ésta medida pueda llevarse a cabo una más adecuada organización de los recursos de los que dispone la empresa. Y ello porque en el caso concreto de la empresa usuaria, ésta -además del personal puesto a disposición por la E.T.T.- posee también personal contratado por ella misma a través del cual puede solventar de una forma más eficaz la situación por la que atraviesa y que le lleva a tomar estas medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Es decir, la posible justificación que ofrecería el art. 41.1 E.T. para poder llevar a cabo una medida como la que analizamos en el ámbito de la empresa usuaria, se basaría en que ésta supusiese una más adecuada organización de los recursos en la misma, lo que difícilmente puede comprenderse si tenemos en cuenta las circunstancias que rodean la prestación del trabajador puesto a disposición, especialmente si nos centramos en el carácter estrictamente temporal que es predicable de la cesión. En este sentido, resulta dudosamente comprensible que la empresa usuaria pueda llevar a cabo una mejor organización de sus recursos modificando las condiciones sustanciales de los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T.; más bien podrá hacer frente a las situaciones que le llevan a tomar estas medidas si las modificaciones son operadas con respecto a los trabajadores con una mayor vocación de estabilidad en la empresa, es decir, aquellos que han sido directamente contratados por la empresa usuaria⁸¹⁰.

Asimismo, la temporalidad que rodea la puesta a disposición del trabajador en la empresa usuaria no sólo posee las consecuencias expuestas anteriormente. Esta corta duración de los contratos de trabajo temporales -duración que coincide con la del contrato de puesta a disposición en los casos en los que el trabajador ha sido contratado temporalmente- también resulta difícilmente compatible con los procedimientos y plazos previstos en el citado precepto. Y ello porque para adoptar medidas de

⁸¹⁰ Tal como señala OLMO GASCÓN, A. M., “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 887, “es difícilmente asimilable que la modificación de una relación de una temporalidad tan notoria pueda servir a la empresa para solventar una situación comprometida”.

modificaciones sustanciales de carácter individual, conforme a lo previsto en el art. 41.3 E.T., la empresa debe dar cumplimiento a la exigencia de notificar la modificación al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Este deber de notificación plantea, en el ámbito de las E.T.T., una serie de dificultades en el momento de que el empresario deba proceder a su cumplimiento efectivo ante el órgano de representación de los trabajadores. Se plantea la duda sobre si los representantes de los trabajadores han de ser los de la E.T.T., o bien el deber de notificación habría de llevarse a cabo con respecto a los de la empresa usuaria, cuestión que será analizada en el apartado relativo a los requisitos procedimentales necesarios para llevar a cabo las modificaciones sustanciales de carácter colectivo. Lo que ahora interesa resaltar es que este deber de notificación con una antelación de 30 días resulta difícilmente compatible con la corta duración de las misiones para las que es puesto a disposición el trabajador contratado por la E.T.T..

2.1.3. El tratamiento de las modificaciones sustanciales de carácter individual en la negociación colectiva.

La regulación convencional no suele optar por una perspectiva contractualista de los poderes empresariales, atribuyendo gran parte de los convenios colectivos a la empresa usuaria las facultades para modificar las condiciones sustanciales de los trabajadores puestos a disposición⁸¹¹, tal como sucedía también en cuanto a la movilidad geográfica y funcional. Es de destacar el hecho de que en algunos casos los convenios colectivos de E.T.T. atribuyen incluso al trabajador cedido la obligación de comunicar a la E.T.T. la modificación sustancial “con la mayor diligencia y celeridad”⁸¹². En algún caso se impone limitaciones temporales a la existencia de dichas modificaciones, generalmente suelen ser 6 meses, transcurridos los cuales, la E.T.T. puede renegociar con la empresa usuaria el contrato de puesta a disposición⁸¹³. Al

⁸¹¹ Art. 15.2 del Convenio Colectivo de Temps (B.O. C. Madrid 21-12-1994), art. 21 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

⁸¹² Art. 15.2 del Convenio Colectivo de Temps (B.O. C. Madrid 21-12-1994).

⁸¹³ Con las únicas limitaciones materiales de que el trabajador puesto a disposición no vea menoscabada su dignidad, su formación y las retribuciones que percibe. Vid. art. 6.c) del Convenio Colectivo de

respecto, conviene señalar que este tipo de cláusulas convencionales no se adecuan a lo establecido en el art. 41 E.T., por lo que difícilmente podrían resultar de aplicación a los trabajadores contratados por E.T.T.. En primer lugar, porque el art. 41 E.T. no prevé un requisito de duración que permita establecer la frontera a la hora de considerar si nos encontramos ante una modificación sustancial o no sustancial de las condiciones de trabajo. Como antes se ha señalado, la consideración de la naturaleza jurídica de la modificación depende de su entidad cualitativa, y no cuantitativa, entendiendo por entidad cuantitativa el período durante el cual se lleve a cabo la modificación, excepto por lo que respecta a modificaciones funcionales y de horario a la hora de su calificación como modificaciones sustanciales de carácter colectivo, en virtud de la escala del art. 41.2. párrafo 4º E.T.

Por otra parte, resulta todavía más inadecuada la aplicación de criterios cuantitativos temporales al régimen de modificación sustancial de los trabajadores contratados por E.T.T., dada la corta duración de las misiones para las cuales éstos son puestos a disposición. Hay que tener presente, además, que este régimen convencional resulta materialmente inaplicable en los en los casos en los que se celebra un contrato de puesta a disposición bajo el supuesto de eventualidad y de cobertura de un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección o promoción, ya que su duración es de 6 meses y 3 meses, respectivamente. Otros convenios atribuyen genéricamente “a la empresa” -sin especificar a cuál de las dos- la legitimidad para llevar a cabo dichas modificaciones, por lo que en estos casos, y desde la opción contractualista por la que se ha optado desde un principio, deberá entenderse que la facultad habría de entenderse en relación a la E.T.T.⁸¹⁴.

ECCO (BOE 4-11-1994), art. 10.c) de People Justo a Tiempo (BOE 5-1-1995), art. 10.2.c) de People Málaga (B.O.P. Málaga 16-3-1995), art. 6.2.c) de ELAN Servicios Empresariales (B.O.P. Guipúzcoa 28-3-1995), art. 6.2.c) de Consultores de Empleo (BOE 7-6-1995).

⁸¹⁴ “a la empresa” Vid. art. 15 del Convenio Colectivo de Manpower Team (BOE 1-11-1994), art. 9 de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O.C. Madrid 24-1-1995), art. 9 de Dalgo Grup 2000 (D.O. Generalitat Valenciana 15-5-1995), art. 13 de Tempo Grup (D.O.Generalitat de Catalunya 28-4-1995).

Por su parte, el II Convenio estatal de E.T.T. también atribuye las facultades de modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la empresa usuaria, con la particularidad de que se ciñe a las modificaciones operadas sobre aquellas condiciones establecidas en el contrato de puesta a disposición, y estableciendo la obligación del trabajador de comunicarlo a la E.T.T. a la mayor brevedad posible. La posibilidad de modificar por parte de la empresa usuaria las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo -prevista en el art. 23 del Convenio Estatal de E.T.T.- se ampara en el art. 12.2 del citado convenio, el cual atribuye las facultades de dirección y control a la empresa usuaria, según lo previsto en el art. 15.1 L.E.T.T.. La posibilidad de modificar las condiciones de trabajo se contempla en relación a aquellas “previstas en el contrato a disposición” y no con respecto a las contenidas en el contrato de trabajo entre el trabajador y la E.T.T., por lo que con esta regulación convencional se está dando carta de naturaleza al hecho de que los pactos a los que puedan llegar las dos empresas tengan su reflejo en aquellas previsiones pactadas en el contrato de trabajo. Sin embargo, hay que recordar que la regulación vigente del art. 41 E.T. exige, para poder llevar a cabo la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que concurran las causas tasadas en el citado precepto, pero además se necesita un instrumento material sobre el que aplicar este tipo de modificaciones, que es el propio contrato que se pretende alterar.

Como ya se ha puesto de manifiesto, en la relación trilateral que se establece entre el trabajador, la E.T.T. y la empresa usuaria, la única de la que puede predicarse un vínculo laboral es entre la E.T.T. y el trabajador. El contrato de puesta a disposición no tiene una base contractual laboral, sino que este contrato es de naturaleza civil, porque regula las condiciones en base a las cuales las dos empresas acuerdan la cesión del trabajador. De ahí que la modificación del contrato de puesta a disposición no puede implicar una correlativa o automática alteración de las condiciones contenidas en el contrato de trabajo, puesto que, en relación al poder de dirección, el fundamento del mismo para poder organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores radica en el propio contrato de trabajo, que “sin duda, justifica el poder de dirección y su alcance

como sus propios límites”⁸¹⁵. De este modo, la regulación convencional está atribuyendo una facultad a la empresa usuaria que excede del concepto del poder de dirección desde la perspectiva contractualista que se ha mantenido a lo largo de este estudio.

2.2. Las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.

2.2.1. El empresario legitimado para llevar a cabo las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.

En relación a las condiciones sustanciales de carácter colectivo, deberán considerarse como tales, según el art. 41.2 E.T., las que la E.T.T. haya reconocido a los trabajadores puestos a disposición en virtud de un acuerdo o pacto colectivo o a través de una decisión unilateral de efectos colectivos. También surge en este punto el interrogante sobre si la E.T.T. o la usuaria pueden llevar a cabo este tipo de modificaciones, debiéndose hacer una distinción según la fuente de la que surjan las condiciones a modificar, es decir, según hayan sido establecidas en convenio colectivo estatutario -“convenios colectivos regulados en el Título III”, tal y como establece el art. 41.2 de la misma norma- o a través de otras vías cuyos efectos sean también colectivos -esto es, acuerdos o pactos colectivos distintos de los convenios colectivos estatutarios o bien decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos-. Con respecto a las modificaciones funcionales y de horario de trabajo sólo podrán considerarse de carácter colectivo si afectan, en un período de noventa días, a un número de trabajadores superior al establecido en el citado precepto, debatiéndose la doctrina sobre si el criterio de la fuente de la condición es -en estos dos casos particulares- suficiente para poder calificar la modificación sustancial como colectiva cuando se trata de convenio colectivo estatutario. Para un sector, las modificaciones funcionales y de horario deben ser siempre calificadas como colectivas cuando la fuente de las mismas es un convenio colectivo estatutario, siendo necesario además el criterio numérico cuando la fuente es

⁸¹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Derecho del Trabajo”, Ceura, Madrid, 1997, pág. 704.

distinta a la anterior, tal es el caso de un convenio colectivo extraestatutario u otra de las fuentes previstas en el art. 41 E.T. que dan lugar a modificaciones de carácter colectivo⁸¹⁶. Por el contrario, otros autores señalan que a la hora de calificar como individuales o colectivas las modificaciones funcionales y de horario, no importa tanto la fuente de la que derive la condición, sino el número de trabajadores afectados por la modificación dentro del arco temporal de noventa días, prevaleciendo así el criterio numérico sobre el de la fuente de la que proceden las citadas condiciones⁸¹⁷.

Pasando a analizar aquellas condiciones reconocidas en convenio colectivo estatutario, no sería posible, a mi juicio, que la empresa usuaria lleve a cabo este tipo de modificaciones porque, si la naturaleza normativa del convenio y la fuerza vinculante del mismo implica el debido respeto tanto por el empresario como por los trabajadores afectados, con más motivo resulta inviable que un sujeto que no ha intervenido en la negociación de las condiciones de trabajo de los trabajadores puestos a disposición pueda proceder a modificarlas con posterioridad. En relación al resto de condiciones colectivas que no han sido reconocidas a través de convenio colectivo estatutario sino a través de otros procedimientos de efectos colectivos mencionados en el art. 41.2 E.T., tampoco sería posible que la empresa usuaria pueda llevar a cabo este tipo de modificaciones, pudiendo trasladarse aquí las consideraciones efectuadas anteriormente en relación a la incompatibilidad de la modificación con la asunción de la teoría contractualista de los poderes empresariales.

⁸¹⁶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, op. cit., págs. 318-319, y CAMPS RUIZ, L.M., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, quien alega dos razones principales: la primera de ellas porque la negativa a considerar como colectivas las modificaciones funcionales y de horario que no sobrepasen un cierto umbral numérico “se refiere solamente a la modificación de condiciones colectivas que no exigen acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores”, y, en segundo lugar, “porque la solución contraria conduciría a la paradoja de que las condiciones sobre movilidad funcional derivadas de un convenio colectivo no podrían ser modificadas por el empresario mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero sí podrían serlo por decisión unilateral -dependiendo del número de trabajadores afectados-“.

⁸¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I., “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, op. cit., pág. 74

Por parte de la E.T.T., la cuestión ha de partir desde otro punto de vista, puesto que aquí sí que nos encontramos con el empresario formal del trabajador puesto a disposición. Analizando los requisitos que establece el art. 41 E.T., ésta sólo podría proceder a la modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo en virtud de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto del horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento, tal y como establece el segundo párrafo del mencionado precepto. De este modo, la posible modificación de condiciones que tenga su origen en un convenio colectivo estatutario, se admitiría en relación a las materias citadas y solamente a través del procedimiento establecido en el art. 41.2 E.T., esto es, el acuerdo entre la E.T.T. y los representantes de los trabajadores. De ahí que resulten trasladables a este punto las consideraciones que han sido efectuadas anteriormente en relación a las dificultades que posee la E.T.T. a la hora de constituirse los órganos de representación de los trabajadores. Son dificultades que se acrecientan todavía más en el supuesto de modificaciones sustanciales de carácter colectivo, puesto que el procedimiento previsto en el art. 41.4 E.T. impone todavía mayores garantías que las que se ha visto con respecto a las modificaciones de carácter individual, no bastando la simple comunicación de la medida a dichos representantes, sino que es necesaria la apertura de un procedimiento de consultas -de duración no inferior a quince días- durante el cual las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo que requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos -según prevé el tercer párrafo del art. 41.4 E.T.-.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el período de consultas debe versar -según el párrafo primero del mismo precepto- “sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”. De nuevo hay que subrayar en este punto las dificultades que, para la E.T.T., supone la

valoración de las causas que originarían la posible modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, a lo que hay que añadir que en estos casos la E.T.T. no sólo debería conocer adecuadamente las causas que dan lugar a la modificación, sino que además debería efectuar un análisis orientado a evitar o reducir sus efectos, lo cual resulta todavía más complicado para una empresa cuya actividad se centra exclusivamente en poner a disposición de empresas usuarias trabajadores por ella contratados.

Tampoco resultaría posible, a mi entender, que la E.T.T. utilice la autonomía individual “en masa” para modificar las condiciones de los trabajadores puestos a disposición en beneficio de la empresa usuaria con el objeto de eludir así las exigencias procedimentales del art. 41.2 E.T., porque la fuerza vinculante del convenio, y la eficacia real sobre el contrato de trabajo que la misma conlleva, implican el reconocimiento de la prevalencia del primero sobre el segundo, impidiendo que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, puesto que de otra forma se vacía de contenido la función esencial del convenio colectivo⁸¹⁸. Tal como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 105/1992, de 1 de julio⁸¹⁹, si prevaleciese la autonomía individual sobre la autonomía colectiva manifestada en un convenio colectivo, se estaría vaciando de contenido el sistema de negociación colectiva cuya virtualidad viene dada por la fuerza vinculante de los convenios colectivos constitucionalmente prevista en el art. 37.1 C.E. y en el carácter normativo de lo pactado en los mismos⁸²⁰. Bajo estos parámetros podría interpretarse la STC 208/1993, de 28 de junio⁸²¹, para situar en sus justos términos la relativa ampliación que la misma lleva a cabo de la autonomía individual y de las decisiones empresariales en uso de sus poderes organizativos. Y, en

⁸¹⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios”, ACARL, Madrid, 1988, págs. 75 y 76.

⁸¹⁹ (BOE 24-7-92).

⁸²⁰ Según la STC 105/1992, de no hacerse así “se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio”, puesto que “sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos”.

⁸²¹ (BOE 2-8-93).

este sentido, aunque es cierto que esta sentencia ha supuesto un acercamiento al ámbito del ejercicio de los poderes empresariales -al admitir que el hecho de que una materia pueda ser en un futuro negociada colectivamente no puede suponer un obstáculo para que se lleven a cabo tanto acuerdos individuales como decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión⁸²²-, también matiza que éstos últimos no pueden poner en cuestión la primacía del convenio colectivo y la regulación acordada colectivamente a través de este cauce jurídico⁸²³.

Ahora bien, el problema es diferente con respecto al resto de modificaciones que posean su origen en convenio colectivo extraestatutario o en un acuerdo de empresa, puesto que un sector de la doctrina ha venido admitiendo en toda su amplitud las posibles modificaciones sustanciales de aquellas condiciones de trabajo que tengan su origen en acuerdos o pactos colectivos⁸²⁴, en contraposición a aquellas reconocidas en un convenio colectivo estatutario -que únicamente pueden modificarse en virtud de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, tal y como hemos visto con anterioridad-. Sin embargo, esta última opción implicaría, en el caso concreto de las condiciones pactadas en los convenios colectivos extraestatutarios, lesionar el contenido del art. 28.1 C.E., puesto que sería la actividad sindical amparada por el citado precepto la que se vulneraría si se permitiese modificar por decisión unilateral del empresario lo pactado en un convenio colectivo extraestatutario. Tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 105/1992), la libertad sindical comprende aquellos medios de acción sindical -entre ellos, la negociación colectiva- que contribuyen a que el sindicato pueda desarrollar la actividad a que está llamado por la

⁸²² Al señalar que “la mera circunstancia de que una materia pudiera ser objeto de negociación colectiva no supone (...) un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión”

⁸²³ Cuando afirma que “la negociación colectiva contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, como instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo que justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen”.

⁸²⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, op. cit. , pág. 74.

Constitución⁸²⁵. Tampoco hay que olvidar la naturaleza jurídica normativa que sería también predicable de los convenios colectivos extraestatutarios, que viene dada por el hecho de ser normas que cumplen el requisito de la abstracción, y ello porque no son órdenes concretas y singulares que se agotan en un solo acto, sino reglas abstractas que regulan -genéricamente y con vocación de estabilidad- las condiciones laborales del ámbito afectado⁸²⁶. La consecuencia de atribuir a los convenios colectivos extraestatutarios la naturaleza jurídica vinculante predicable de los convenios estatutarios es que sólo podrían ser modificados -a través del art. 41.1 E.T.- por acuerdo de la empresa con los representantes de los trabajadores.

Estas consideraciones podrían ser de aplicación a las E.T.T., en el sentido de que, si se quiere proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas por un convenio colectivo extraestatutario, deberían someterse al requisito procedimental del acuerdo entre ésta y los representantes de los trabajadores -art. 41.2 E.T.-, y siempre bajo la premisa de que sería la E.T.T. como sujeto que ostenta la cualidad de empresario del trabajador puesto a disposición, y no la usuaria, la legitimada para llevar a cabo este tipo de modificaciones sustanciales. Por tanto, no bastaría la simple apertura de un período de consulta y negociación tras cuya finalización facultase a la E.T.T. a adoptar la decisión modificativa tras haber cumplido el deber de notificación previsto en el art. 41.4 párrafo 4º para las modificaciones de carácter colectivo, sino que en este supuesto concreto considero más ajustada la opción que exigiría de la E.T.T. el requisito añadido de la previa consecución de un acuerdo con los representantes de los trabajadores para poder operar la modificación.

Por lo que respecta a los acuerdos de empresa, esta misma ampliación de las fronteras de la autonomía individual desvirtuaría el amplio reconocimiento que de la

⁸²⁵ Por este motivo, concluye la STC 105/1992 que “negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos ha de entenderse no sólo como una práctica vulneradora del art. 37.1 C.E. y de la fuerza vinculante de los convenios por dicho precepto declarada, sino también como una violación del derecho a la libertad sindical que consagra el art. 28.1 de la Constitución”.

⁸²⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, op. cit., págs. 65-66.

autonomía colectiva lleva a cabo el art. 37.1 C.E.⁸²⁷. De ahí que parezca más adecuada a las garantías constitucionales otorgadas por el art. 37.1 C.E. aquella posición doctrinal que otorga a los acuerdos de empresa una naturaleza jurídica equivalente a la del convenio colectivo estatutario, y que, por tanto, obliga al empresario a seguir el mismo procedimiento de modificación que para estos últimos -esto es, el acuerdo con los representantes de los trabajadores-, y sin que resulte posible que el empresario pueda por decisión unilateral introducir cambios a lo pactado en el acuerdo de empresa que se pretende modificar. CRUZ VILLALÓN se muestra partidario de esta opción interpretativa al considerar que, a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, los acuerdos de empresa pueden identificarse con la negociación colectiva del Título III en cuanto a sus sujetos, objeto y condicionamiento y, parcialmente, en cuanto a los trámites y fases a seguir, ya que así lo admitiría el propio art. 41 cuando utiliza la expresión “convenios colectivos regulados en el Título III”, “insinuando que existen otros convenios de igual naturaleza, entre los que se encuentran los presentes acuerdos de empresa, que también tienen la consideración jurídica de convenios estatutarios”⁸²⁸. Partiendo de esta premisa, la fuerza vinculante de los acuerdos de empresa impide que los mismos se vean alterados por la simple voluntad unilateral del empresario.

Esta conclusión viene refrendada por el criterio formulado por la STC 92/1992, de 11 de junio⁸²⁹, de tal forma que si se consideraba contraria al art. 37.1 C.E. la posibilidad de que el empresario pudiera introducir modificaciones sustanciales reguladas en un convenio colectivo vigente cumpliendo el requisito de la previa autorización administrativa, con mayor fundamento habría que rechazar una interpretación del art. 41 E.T. del que se dedujera que el empresario, en ejercicio de sus facultades unilaterales, puede apartarse de lo pactado en un acuerdo de empresa sin ni

⁸²⁷ Tal como señala ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, los acuerdos de empresa “son manifestaciones de la autonomía colectiva, encuadrables dentro del genérico derecho a la autonomía colectiva consagrado en el art. 37.1 de la C.E.”

⁸²⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “El artículo 41 del E.T. tras la reforma de 1994”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M^a. E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994, págs. 130.

siquiera ahora tenerse que someter al control previo de la autorización administrativa⁸³⁰. Si se aplica esta opción interpretativa a las modificaciones que la E.T.T. pretendiese llevar a cabo sobre los acuerdos de empresa pactados con anterioridad en la misma, llegaríamos a una conclusión equivalente a la expuesta con respecto a los convenios colectivos extraestatutarios, de tal forma que si ésta tuviese la intención de proceder a dichas modificaciones sustanciales, también estaría obligada a la exigencia procedimental del acuerdo con los representantes de los trabajadores, conclusión que se extrae como consecuencia de haber partido de la premisa de que este tipo de acuerdos poseen también la misma naturaleza jurídica de los convenios colectivos estatutarios.

2.2.2. La difícil adecuación del procedimiento previsto en el art. 41 E.T. a la corta duración de los contratos.

Aunque en una primera aproximación pudiera admitirse la posibilidad de que la E.T.T. llevase a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo cumpliendo los requisitos que señala el art. 41 E.T., hay que tener en cuenta que la corta duración de los contratos de puesta a disposición resulta difícilmente compatible con el procedimiento previsto en el citado precepto. Del mismo modo que se ha visto con respecto a la modificación de condiciones de trabajo de carácter individual, los plazos previstos para cada fase del procedimiento de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo difícilmente se podrá adecuar a la duración del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador. Es más, podría decirse que en esta sede todavía son mayores los problemas de compatibilidad entre el procedimiento y la duración del contrato, ya que las garantías procedimentales son mayores, reflejándose en un mayor lapso temporal desde que el empresario y los representantes de los trabajadores inician el procedimiento de negociación. Así, se observa que, en función de lo dispuesto en el art. 41.4 E.T., la E.T.T. debería proceder a un período de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Además, este lapso temporal no agota las fases del procedimiento, sino que al mismo hay que añadir

⁸²⁹ (BOE 15-7-92).

la obligatoriedad de que la E.T.T. notificase, tanto al trabajador como sus representantes, la decisión sobre las modificaciones -al igual que sucedía en sede de modificaciones de carácter individual-, notificación que debe efectuarse con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad -art. 41.3 E.T., por remisión del 41.4-. La jurisprudencia ha venido señalando que este requisito no puede eliminarse alegando necesidades empresariales especiales, como sería el caso de empresas que por medio de una contrata efectúan tareas de vigilancia y seguridad de otra empresa principal y ésta les exige cambios en las condiciones de trabajo⁸³¹.

La dificultad para poder adaptar los requisitos del art. 41 E.T. a la temporalidad de la puesta a disposición del trabajador contratado por la E.T.T. se deja ver también en relación a las modificaciones funcionales y de horario -párrafo 4º del art. 41.2 E.T.-. En este precepto se establece que únicamente se considerarán de carácter colectivo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores, no inferior a los umbrales que señala el citado artículo⁸³². Surge en este punto la duda sobre la inclusión o no de los trabajadores contratados por la E.T.T. a la hora de aplicar los baremos establecidos en el mencionado artículo cuando la empresa usuaria pretende este tipo de modificaciones. La inexistencia de un vínculo laboral entre la empresa usuaria y los trabajadores puestos a disposición hace difícil la inclusión de éstos en los parámetros cuantitativos establecidos en el precepto en cuestión. Así pues, la opción por la tesis contractualista no permitiría, en definitiva, el cómputo de los trabajadores de la E.T.T. a la hora de contabilizar la dimensión o plantilla de la empresa usuaria con el objeto de aplicar los parámetros cuantitativos y temporales establecidos en el mencionado precepto.

La única fórmula respetuosa con la teoría contractualista sería, pues, que el cómputo se realizase en relación a la plantilla de la E.T.T., por ser ésta la que posee el

⁸³⁰ CRUZ VILLALÓN, J., "El artículo 41 del E.T. tras la reforma de 1994", op. cit., pág. 135.

⁸³¹ STSJ Baleares 26-10-1995 (Ar. 3633).

⁸³² a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.

b) el 10% de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.

nexo contractual con el trabajador, pero esta solución resulta ilógica porque no es la E.T.T. la que pretende aplicar la medida modificativa, sino la empresa usuaria, que es la que persigue mejorar su situación competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (art. 41.1 E.T.). A ello hay que añadir la imposibilidad material de aplicar el cómputo de los noventa días con respecto a los trabajadores contratados en virtud del supuesto previsto en el art. 6.2.d) L.E.T.T. -mientras dura el proceso de selección o promoción-, pues la duración máxima del contrato de puesta a disposición es, precisamente, de tres meses (art. 7.1 L.E.T.T.). En relación al supuesto de eventualidad, la duración máxima es de 6 meses, duración que podría compatibilizarse con el período de noventa días, y lo mismo podría decirse del resto de supuestos -obra o servicio e interinidad por reserva de puesto de trabajo-, en los cuales no existe una duración máxima. Ahora bien, en este punto es conveniente hacer la matización de que lo habitual es que el trabajador preste sus servicios durante un período corto de tiempo, en muchos casos probablemente inferior a los noventa días de referencia.

2.2.3. Requisitos para proceder a la modificación sustancial de carácter colectivo: especial referencia a la intervención de los representantes de los trabajadores.

Otra de las cuestiones que muestran la inadecuación del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo en el ámbito de las E.T.T. es la relativa a la determinación los representantes de los trabajadores que están legitimados para intervenir en el procedimiento de modificación de aquellas condiciones que poseen carácter colectivo, si los de la E.T.T. o los de la empresa usuaria. En virtud del art. 41 E.T., cuando el empresario decida proceder a la modificación de aquellas condiciones de trabajo de naturaleza colectiva, será preceptivo el cumplimiento del procedimiento de negociación y consultas con los representantes de los trabajadores, pues esta regla procedimental resultaría de obligado cumplimiento, pues constituye un mínimo de

c) 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

derecho necesario, según ha puesto de relieve la doctrina⁸³³. El procedimiento que ha de culminar con un acuerdo en los supuestos en los que se pretenda modificar las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario y con respecto a las materias relacionadas en el art. 41.2 E.T., y que también podría entenderse extensible, por las razones expuestas con anterioridad, con respecto a las condiciones de trabajo negociadas a través de los acuerdos de empresa y convenios colectivos extraestatutarios. En favor de la opción de que sean los representantes de la E.T.T., podría alegarse que ésta es, como empresario formal del trabajador puesto a disposición, la única que -en su caso- podría proceder a las modificaciones objeto de estudio, consecuencia de la opción contractualista de los poderes empresariales, por lo que el deber de notificación debería predicarse con respecto a los representantes de los trabajadores de la misma.

Ahora bien, las dificultades a la hora de constituir un órgano de representación de los trabajadores en el ámbito de la E.T.T.⁸³⁴ repercute, una vez más, en otro aspecto en el que resulta esencial el ejercicio de la función representativa, como lo es el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en este tipo de empresas, dificultades que se ponen de manifiesto al analizar los requisitos que se contemplan en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general. Por una parte, el art. 69 E.T. establece que serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad del personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad. Como consecuencia de esta regulación, únicamente pueden ejercitar sus derechos de representación colectiva aquellos

⁸³³ CRUZ VILLALÓN, J., “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV.(dir: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, Ibidem, Madrid, 1997, pág. 158,

⁸³⁴ Estos mismos problemas en torno a la representación se dan en Francia, tal como pone de manifiesto HENRY, M., “Les conséquences de l’exteriorisation pour les salariés et leurs institutions représentatives”, Droit Ouvrier, mars-avril, 1981, pág. 122, al desestabilizar la estructura contractual del contrato de trabajo, se produce el fracaso en el funcionamiento de las instituciones representativas o del ejercicio de

trabajadores que lleven un determinado tiempo prestando sus servicios en la empresa. La cuestión se complica todavía más en relación al cómputo del número concreto de miembros que han de integrar los órganos representativos -delegados de personal y comités de empresa-, según la escala prevista en el art. 66 E.T.

Tampoco parece que se solucione el problema a través de la aplicación de las reglas contenidas en el art. 72.2 E.T., de forma que los trabajadores vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año se computará como fijos de plantilla y los contratados por término de hasta un año deberían contabilizarse según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección -computándose cada doscientos días trabajados o fracción como un trabajador más-. La aplicación de todas estas reglas al ámbito de las E.T.T. resulta difícil si se piensa que la mayoría de los trabajadores de la misma son contratados con carácter temporal cuya una duración será coincidente con la del contrato de puesta a disposición -y no con carácter indefinido, a pesar de que el art. 10 L.E.T.T. permite también esta opción-. A esto hay que añadir que la L.E.T.T. no obliga a contratar a un número mínimo de trabajadores por tiempo indefinido, contrariamente a los que establece la A.Ü.G. alemana de 1972⁸³⁵, lo que hubiese contribuido a cumplir con los requisitos previstos en el E.T. para constituir órganos representativos en las E.T.T.⁸³⁶. Tampoco resulta probable que la E.T.T. cuente con un número elevado de trabajadores que presten sus servicios exclusivamente bajo su dirección y control -personal estructural-, puesto que este tipo de empresas no requieren de una gran infraestructura para poder funcionar en el mercado⁸³⁷. Además, aunque la existencia de este personal propio de la E.T.T.

la acción reivindicativa. En el mismo sentido, vid. LYON-CAEN, A., "A propos de l'entreprise éclatée", *Droit Ouvrier*, mars-avril, 1981, págs. 127 a 129.

⁸³⁵ CASEY, B., DRAGENDORF, R., HEERING, W., y JOHN, G., "El trabajo temporal en Gran Bretaña y en la República Federal de Alemania", op. cit., pág. 411-412.

⁸³⁶ En el art. 14 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997) sí que se establece la obligatoriedad de contratar a un porcentaje de trabajadores estructurales por tiempo indefinido (55%, 65% y 75% durante el primer año, segundo y tercero, respectivamente, desde la apertura del centro de trabajo".

⁸³⁷ En este sentido, vid. ALBIOL MONTESINOS, I., "Las empresas de trabajo temporal", op. cit., pág. 121. En contra, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Las empresas de trabajo temporal en España", op. cit., pág. 121, quien ha puesto de manifiesto que "no hay que olvidar que la organización administrativa de la puesta a disposición de los trabajadores, y la gestión de sus relaciones de trabajo, es sumamente

permitiese la constitución de órganos de representación en la misma, no es menos cierto que los intereses de este colectivo de trabajadores son muy distintos a los que poseen los trabajadores puestos a disposición, por las especiales características a través de las cuales se desarrolla la prestación de servicios en la empresa usuaria.

Por otra parte, podría considerarse la opción de que fuesen los representantes de la empresa usuaria los facultados para negociar el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, debido especialmente a las dificultades expuestas anteriormente para la constitución de dichos órganos de representación en las E.T.T.. En este sentido, puede alegarse que la previsible carencia de órganos de representación en las E.T.T. se ha intentado suplir a través de la previsión establecida en el art.17.1 L.E.T.T. -tras la nueva redacción por el art. 5 de la Ley 63/1997 - según el cual “los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas (...)”. Teniendo en cuenta lo dispuesto en este precepto, podría defenderse que si los representantes de la empresa usuaria poseen la representación de los trabajadores en misión, con mayor motivo podría defenderse la presencia de los mismos en el procedimiento de negociación, consulta, acuerdo -en su caso- y notificación que da lugar a la modificación sustancial de las condiciones laborales colectivas de los trabajadores puestos a disposición, ya que este procedimiento es previo a cualquier tipo de reclamación.

A esta argumentación habría que añadir la existencia de otras razones que la doctrina ha señalado como favorables a la participación de los representantes de la empresa usuaria en el procedimiento modificativo. Así, el conocimiento por éstos de la concreta “situación de la empresa”, la “adecuada organización de los recursos” y las

compleja, exigiendo una estructura organizativa suficiente y una plantilla numerosa; la regla aproximada es que se requiere un trabajador prestando sus servicios directamente en la empresa de trabajo temporal

alternativas a las variaciones contractuales para “evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados” (art. 41.1 y 4 E.T.), está en manos precisamente de los representantes de la empresa usuaria y no de la temporal, lo que haría imprescindible su participación en los trámites que el precepto mencionado estipula⁸³⁸.

Ahora bien, en contra de esta posibilidad también podría alegarse que este deber de notificación no es una materia de reclamación, sino un requisito procedimental que debería cumplir previamente la E.T.T. como empresa que además ostenta la cualidad de sujeto contratante del trabajador puesto a disposición. De ahí que, si existen órganos de representación en la E.T.T., lo más lógico desde una posición contractualista de los poderes empresariales, es que sean sus representantes los facultados para llevar a cabo el procedimiento, ya que son los que ostentan tal cualidad con respecto al trabajador puesto a disposición y los que poseen tales facultades en función del art. 41 y 64 E.T. De no existir tales órganos, la defensa de la segunda opción no parece compatible con la inexistencia de vínculo contractual entre la empresa usuaria y el trabajador, lo que llevaría a defender una posición contraria a la posibilidad de llevar a cabo este tipo de modificaciones.

Precisamente esta es la postura que acogió la STSJ de Aragón de 28-2-1996⁸³⁹, que se planteaba la cuestión sobre si el comité de empresa de la empresa usuaria ostentaba la capacidad representativa necesaria para promover un conflicto colectivo, llegando a una respuesta negativa, argumentando que el hecho de permitir que el comité de empresa de la empresa usuaria ostentase tal capacidad y legitimación, supondría una extralimitación en sus facultades de actuación, dado que los trabajadores pertenecientes a la E.T.T. tienen ya su ámbito específico de representación⁸⁴⁰. Asimismo, atribuía un

por cada diez puestos a disposición”.

⁸³⁸ OLMO GASCÓN, A. M., “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 888.

⁸³⁹ Actualidad Laboral, nº 23, 1996, marginal 933.

⁸⁴⁰ Dice la Sentencia que “de entenderse afirmativo este poder ampliado de intervención, estarían actuando fuera de su ámbito representativo, límite insuperable de su propia actividad, so pena de hacer

carácter meramente instrumental al art. 17.1 L.E.T.T., carácter que se deriva de la deficiencia de órganos de representación en el seno de las E.T.T.⁸⁴¹, por lo que para el TSJ de Aragón, es necesaria la correspondencia entre el ámbito de actuación del órgano de representación que promueva el conflicto con el alcance del mismo. Este carácter meramente instrumental del art. 17.1 L.E.T.T. se plasma en una relación de subsidiariedad, de forma que sólo actúa en defecto de órganos de representación propios de la E.T.T.. Por último, se señala que, el hecho de posibilitar la existencia de dos ámbitos funcionales de negociación en el seno de las E.T.T., puede traer consigo diferencias en el tratamiento del personal perteneciente a la misma E.T.T. pero que desempeña su prestación de servicios en diferentes empresas usuarias.

Actualmente resulta más complicado poder seguir manteniendo esta postura interpretativa, ya que el art. 17.1 L.E.T.T., tras la nueva redacción dada por la Ley 63/1997, ha atribuido la representación de los trabajadores en misión a los representantes de la empresa usuaria a los efectos de formular cualquier tipo de reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. Se abre, pues, a través de la nueva redacción del art. 17 L.E.T.T., la posibilidad de que sean los órganos de representación de la empresa usuaria los que puedan plantear un proceso de conflicto colectivo, cuando se trate de modificaciones sustanciales de carácter colectivo (art. 41.4 párrafo 5º E.T. y art. 151 LPL). Sin embargo, a pesar de la regulación contenida en el art. 17 L.E.T.T., hay que tener presente que la postura que, a mi entender, debería mantenerse en relación a la asunción de la legitimación por parte de los representantes de la E.T.T. en relación al procedimiento de negociación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo resulta coherente con la línea argumental restrictiva de la legitimidad y capacidad negociadora de los representantes de los trabajadores seguida por el Tribunal Constitucional (STC

crepitar, resquebrajarse y derrumbar los fundamentos del Derecho Sindical, extralimitándose en sus facultades de actuación”.

⁸⁴¹ El art. 422-1 del Code du Travail francés establece una previsión similar en cuanto a los derechos de los trabajadores puestos a disposición “a faire présenter par les délégués du personnel dans l’entreprise utilisatrice leurs réclamations individuelles ou collectives concernant leur rémunération, les conditions d’exécution du travail et l’accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives”.

12/1983, de 22 de febrero⁸⁴², de 31/1984, de 7 de marzo⁸⁴³ y 141/1985, de 22 de octubre⁸⁴⁴). Es lo que el citado Tribunal denomina “representación institucional implícita” cuya función es actuar dentro siempre del ámbito de representación conferido según la unidad de contratación, defendiendo y tutelando las condiciones de trabajo, defendiendo los intereses económicos y sociales que le son propios sin extralimitarse más allá de los que están ajenos a su representación (STC 70/1982, de 29 de noviembre⁸⁴⁵).

La postura mantenida a favor de que sean los representantes de la E.T.T. los legitimados para llevar a cabo el procedimiento de negociación, consulta y acuerdo, en su caso, de las modificaciones colectivas no impide que las modificaciones sean notificadas a los representantes de la empresa usuaria, teniendo en cuenta que el art. 64.1 E.T. prescribe la obligación del empresario de “recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa (...)”. Considerando que las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo se ponen en marcha precisamente con el objetivo de favorecer la posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, resulta clara la conexión entre la situación de la producción y ventas de la empresa usuaria con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la E.T.T., por lo que, a pesar de que la empresa usuaria no sea el sujeto legitimado para llevar a cabo dichas modificaciones -desde una posición contractualista de los poderes empresariales-, ello no obsta que los representantes de los trabajadores de la misma posean el derecho a ser informados de todas aquellas circunstancias que van a influir decisivamente sobre la situación de la producción y ventas de la empresa, así como de su programa de producción.

⁸⁴² (BOE 23-3-83).

⁸⁴³ (BOE 3-4-84).

⁸⁴⁴ (BOE 26-11-85).

⁸⁴⁵ (BOE 29-12-82).

IX. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

La primera cuestión que surge en lo que concierne a la extinción de la relación laboral entre la E.T.T. y el trabajador es si son aplicables las causas previstas en el art. 49 E.T. A mi juicio, la respuesta ha de resolverse de modo afirmativo en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional 1ª L.E.T.T., según la cual en todo lo no previsto en la L.E.T.T. será de aplicación la normativa laboral a la relación entre los dos sujetos mencionados, si bien el problema estriba, nuevamente, en hacer conjugar las previsiones del citado precepto con las características peculiares que posee la relación laboral entre la E.T.T. y el trabajador como consecuencia de la presencia de la empresa usuaria donde el trabajador presta sus servicios. A la hora de analizar las causas previstas en el mencionado precepto, posee un especial interés el despido disciplinario y el despido por causas objetivas, siendo éstas objeto de tratamiento específico en sendos apartados posteriores.

1. La expiración del tiempo convenido como causa de extinción del contrato.

En relación al resto de causas contempladas en el art. 49 E.T., figura en el apartado c) de dicho precepto “la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”. Estamos, pues, en presencia de la extinción de los contratos de duración determinada. A pesar de que esta causa de extinción no aparece expresamente recogida en la L.E.T.T., puede considerarse aplicable, ya que, en primer lugar, está prevista en la normativa común -de aplicación supletoria, tal como se ha visto-, y, en segundo lugar, porque puede deducirse de varios de sus preceptos, concretamente del art. 10.1 de la norma, cuando hace coincidir la duración del contrato de trabajo de duración determinada con la del contrato de puesta a disposición, así como del art. 11.1.b), que prevé una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición. De esta forma, en los supuestos en los que el trabajador es contratado a través de un contrato de duración determinada, éste finalizará cuando

concluya la causa prevista en el contrato de puesta a disposición, todo ello partiendo de la premisa de la necesaria identificación de causas predicable de ambos tipos de contratos, tal como se vio en el apartado correspondiente. Ahora bien, el hecho de que la duración de ambos contratos se haga depender de la misma causa que ha dado lugar a los mismos no significa admitir que el contrato de trabajo pueda rescindirse como consecuencia de la rescisión anticipada del contrato de puesta a disposición, cuestión más compleja que será analizada posteriormente.

Extinguido el contrato de trabajo de duración determinada por la llegada a término del contrato de puesta a disposición, el trabajador tendrá derecho a una indemnización equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por año de servicio -art. 11.1 b) L.E.T.T.-. El fundamento de la indemnización es compensar o reducir las consecuencias de la precariedad a la que está sometido el trabajador temporal. Algunos grupos parlamentarios plantearon, a través de las correspondientes enmiendas, la supresión de esta indemnización, basando su argumentación en el hecho de que ésta suponía un privilegio en favor del trabajador contratado por una E.T.T. y, por tanto, un tratamiento discriminatorio en relación al resto de trabajadores⁸⁴⁶. Sin embargo, la finalidad compensatoria de la precariedad a la que está sometido el trabajador temporal a lo largo de la duración del contrato prevaleció finalmente en el texto definitivo. Esta indemnización ha sido prevista por el legislador español tomando como punto de referencia el art. L. 124-4-4 del *Code du Travail* francés⁸⁴⁷. La *indemnité de précarité d'emploi* francesa es abonada al término

⁸⁴⁶ En este sentido, la enmienda nº 81 presentada en el Congreso por el Grupo parlamentario de Convergència i Unió (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22-1-1994) justificaba la supresión del art. 11.1.b) en el hecho de que “no tiene sentido establecer esta indemnización cuando en los contratos para la realización de obra o servicio determinado no existe obligación de efectuar tal indemnización”. Asimismo, la enmienda nº 23, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto alegaba que esta indemnización “supone una clara discriminación frente al mismo tipo de contratación por parte del resto de empresas”.

⁸⁴⁷ El art. 124-4-4 del *Code du Travail* francés prescribe que el trabajador no tendrá derecho a percibirla si el contrato se extingue por iniciativa del trabajador, falta grave o en caso de fuerza mayor. La indemnización equivale al 15% de la remuneración bruta y se podrá reducir al 10% si la E.T.T. propone por escrito al trabajador, dentro del plazo de 3 días, un nuevo contrato laboral por una duración al menos igual a la mitad del contrato anterior, siempre que el nuevo contrato no suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en relación a las funciones, remuneración, horario y tiempo de desplazamiento al lugar de trabajo.

de cada misión, y se determinada a través de un porcentaje sobre la remuneración del trabajador, no pudiendo ser inferior a la cantidad mínima estipulada mediante convenio colectivo. En la tramitación parlamentaria L.E.T.T. se pretendía adoptar el mismo sistema que el previsto en el ordenamiento francés⁸⁴⁸, con el objeto de adecuar proporcionalmente la indemnización a las remuneraciones del trabajador puesto a disposición⁸⁴⁹, si bien finalmente prevaleció la opción por la cantidad invariable de doce días de salario por año de servicio⁸⁵⁰. La finalidad compensatoria de la indemnización no supone, a mi entender, tratamiento discriminatorio alguno en relación a otros trabajadores no contratados por E.T.T., pues esa finalidad posee una justificación objetiva y razonable que viene dada, principalmente, por la precariedad que surge como consecuencia de la corta duración de las misiones a las que es llamado el trabajador puesto a disposición.

Por otra parte, si el contrato fuera de duración superior a un año, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 49.1.c) E.T., de forma que la E.T.T. debería comunicar al trabajador la terminación del contrato con una antelación mínima de quince días. En estos casos, y puesto que lo más probable es que la E.T.T. desconozca la fecha exacta de finalización del contrato de puesta a disposición, sería deseable la comunicación con la debida antelación por parte de la empresa usuaria. La obligación de preaviso posee su trascendencia en los supuestos de obra o servicio determinado y de interinidad por reserva de puesto de trabajo, en los cuales podría darse el caso de que la duración del contrato sea superior al año, por lo que, en caso de incumplimiento del mismo, la E.T.T. deberá compensar económicamente al trabajador, puesto que la obligación de indemnizar corresponde a ésta por ser el sujeto que ostenta la cualidad de empresario del trabajador. Ello con independencia de la posibilidad que tendría la E.T.T. de

⁸⁴⁸ En el Anteproyecto de Ley remitido al CES el 16-3-1993, la cuantía de la indemnización quedaba establecida en un 5% de la remuneración del trabajador. Vid. en Documentación elaborada por la Secretaría General del Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios y Documentación, nº 114, La Reforma del Mercado de Trabajo, T. I, 1994.

⁸⁴⁹ En favor de mantener el cálculo porcentual sobre las retribuciones percibidas en cada misión por el trabajador se presentó la enmienda nº 140 por parte del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22-2-1994).

⁸⁵⁰ Redacción incorporada ya en el Proyecto de Ley, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4-1-1994.

interponer una acción civil para repetir contra la empresa usuaria la cuantía a la que ascendiese la mencionada indemnización (arts. 1902 y ss. C.C.).

2. La extinción del contrato por voluntad del trabajador.

Con respecto a las causas que pueden dar lugar a la extinción del contrato por parte del trabajador (art. 50 E.T.), el supuesto que plantea mayores problemas es aquél que está fundamentado en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador. Ya se ha visto en el apartado relativo a las modificaciones sustanciales que resulta difícilmente sostenible que la E.T.T. pueda proceder a las mismas en base a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito de la empresa usuaria, puesto que la E.T.T. difícilmente puede llegar a un adecuado conocimiento de la concurrencia de las mismas cuando no forma parte de la estructura organizativa y productiva de aquélla. Sin embargo, en el supuesto en que la E.T.T. llevase a cabo tales modificaciones y que además éstas redundasen en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, el trabajador podrá proceder a la extinción por la vía del art. 50 E.T., como si se tratase de cualquier otro incumplimiento contractual grave de las obligaciones del empresario. En relación a otros posibles incumplimientos por parte de la E.T.T. -cual es la falta de pago o retrasos en el salario pactado, supuesto contemplado en el art. 50.1.b) E.T.-, queda asimismo abierta la posibilidad de la extinción del contrato por parte del trabajador con derecho a una indemnización equivalente a la del despido improcedente.

3. El despido disciplinario.

3.1. La inclusión del despido disciplinario dentro de las facultades disciplinarias atribuidas a la empresa de trabajo temporal.

Partiendo del art. 15.2 L.E.T.T., la facultad disciplinaria en relación a los trabajadores puestos a disposición corresponde a la E.T.T.. Con anterioridad (Capítulo I) ya se ha puesto de manifiesto que esta atribución responde a una concepción

contractualista de los poderes empresariales, a pesar de que la bifurcación entre el poder de dirección y el poder disciplinario -entre la empresa usuaria y la E.T.T., respectivamente- hace quebrar los esquemas contractualistas básicos de ambos poderes, lo que afecta inevitablemente al poder disciplinario si se toman en consideración los principios que rigen al mismo: el principio de tipicidad, el de inmediatez y el de proporcionalidad entre las faltas y sanciones. De esta forma, la distribución de poderes entre ambas empresas conlleva la ruptura con los principios básicos del derecho sancionador, lo que inevitablemente supone una quiebra de la teoría contractualista en el ámbito del poder disciplinario, ya que, a pesar de que éste es asignado al empresario formal del trabajador puesto a disposición -la E.T.T.-, resulta imposible un adecuado ejercicio de este poder si se tiene en cuenta que los principios que lo presiden quedan vacíos de contenido como consecuencia de la atribución del poder de dirección a la empresa usuaria.

A las quiebras que, en relación al poder disciplinario se han señalado en el Capítulo I, puede añadirse -en relación al despido disciplinario llevado a cabo por la E.T.T.- la ruptura de la conexión causal que tradicionalmente se ha venido asignando al mismo. Así, el carácter culpable del incumplimiento contractual es considerado por la generalidad de la doctrina como elemento imprescindible, ya que no es posible una responsabilidad por el simple resultado, si bien no es preciso el dolo (intención), puesto que puede bastar la culpa (negligencia)⁸⁵¹. Así, la apreciación por parte de la E.T.T. sobre la concurrencia de la gravedad y la culpabilidad⁸⁵² en el incumplimiento llevado a cabo por el trabajador exige un adecuado conocimiento de la conducta infractora, lo que

⁸⁵¹ MONTOYA A., GALIANA, J.M, SEMPERE A.V., y RÍOS, B., “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Pamplona, Aranzadi, 1995, pág. 301; ALONSO OLEA, M., “El despido. (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario), op. cit., pág. 147; CÁMARA BOTÍA, A., “El carácter culpable del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997, págs. 33 y ss.

⁸⁵² Tal como define ALONSO OLEA, M., “El despido. (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario), IEP, Madrid, 1957, pág. 147, el despido disciplinario es “la extinción unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario, fundada en un incumplimiento contractual, culpable y grave del trabajador”.

resulta difícil para dicha empresa si se tiene en cuenta que dicho incumplimiento va a tener lugar en el ámbito de la empresa usuaria.

Por otra parte, el art. 15.2 L.E.T.T. no realiza una mención expresa al despido disciplinario, sino que lo que se asigna es la facultad disciplinaria genérica atribuida por el art. 58 E.T. en relación a las faltas y sanciones laborales. Como consecuencia de dicha omisión, se ha señalado que, de compartirse la opción doctrinal que concibe al despido como un acto de extinción del contrato, y por tanto como una institución diferenciada de las sanciones, podría dudarse de la aplicabilidad del precepto cuando el despido disciplinario resulta consecuencia del incumplimiento del trabajador⁸⁵³. Este argumento no es la primera vez que se ha utilizado para excluir al despido disciplinario de la facultad disciplinaria genérica atribuida al empresario, tal como se puso de manifiesto en el apartado relativo al poder disciplinario en el Capítulo I. En este sentido, en el ámbito del servicio público de estiba y desestiba de buques, se ha rechazado por un sector doctrinal⁸⁵⁴ la inclusión del despido en el ámbito de las sanciones que pueden ser propuestas por las empresas estibadoras en virtud del art. 17.2 del RD 2/1986, de 23 de mayo, regulador de esta relación especial, siguiendo en este punto la opción doctrinal que configura al despido disciplinario como una institución distinta a la sanción⁸⁵⁵. Sin embargo, en base a la opción interpretativa que concibe el despido como la sanción más grave⁸⁵⁶, podría concluirse en favor de la inclusión del despido en el ámbito de aplicación del art. 15.2 L.E.T.T..

⁸⁵³ PÉREZ YÁÑEZ, R., “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1998, pág. 45.

⁸⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, P. T., “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, op. cit., pág. 305.

⁸⁵⁵ En este sentido, señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, op. cit., pág. 251, que “el despido, como resolución del contrato por incumplimiento -o como denuncia del contrato justificada en el previo incumplimiento-, es una reacción natural en las reglas comunes del contrato, prevista para preservar el interés de la parte que previamente ha cumplido su obligación, y esta acomodación de aquél a las reglas generales evita su inserción entre las sanciones disciplinarias”.

⁸⁵⁶ Entre los autores que defienden esta opción, CREMADES SANZ-PASTOR, B. “La sanción disciplinaria en la empresa”, op. cit., págs. 238-239; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., “Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 705; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 367.

Asimismo, aunque se concibiese el despido disciplinario como acto extintivo de la relación laboral en vez de ser considerado como sanción máxima, esta inclusión del despido disciplinario en el precepto citado no puede concebirse de otra forma si se tiene en cuenta la opción por la posición contractualista de los poderes empresariales por la que se ha optado a lo largo de este estudio, de tal forma que únicamente resultaría posible que la E.T.T. procediese a la extinción, por motivos disciplinarios, del contrato de trabajo del trabajador puesto a disposición. En cualquier caso, se opte o no por la inclusión dentro de las facultades disciplinarias del despido del trabajador puesto a disposición, la conclusión será la misma: la asignación a la E.T.T. de la facultad de proceder al despido por motivos disciplinarios. Si se toma como premisa la consideración del despido como sanción máxima, se llegaría a esta conclusión porque corresponde a la E.T.T. -en su cualidad de empresario del trabajador-, la atribución del poder disciplinario. Por el contrario, si se considera al despido disciplinario como acto extintivo del contrato de trabajo, la conclusión sería también la asignación de dicha facultad a la E.T.T., dado que es ésta la que ostenta la condición de parte del contrato de trabajo. Desde esta última perspectiva, resultaría contrario a la teoría general del contrato la asignación de la facultad de extinguir la relación contractual a un tercer sujeto -la empresa usuaria- que resulta ajeno al vínculo contractual, al ser la extinción una competencia que corresponde en exclusiva a las partes⁸⁵⁷ que han dado lugar a la relación contractual⁸⁵⁸.

3.2. Los efectos del despido y la determinación de responsabilidades entre ambas empresas: especial referencia a los salarios de tramitación.

La inclusión del despido dentro de las facultades disciplinarias atribuidas por la L.E.T.T. a la E.T.T. no elimina, sin embargo, los problemas que la relación trilateral suscita en relación a las consecuencias derivadas del mismo. En relación a los efectos del despido, hay que partir de la premisa de que resulta de aplicación la normativa

⁸⁵⁷ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias”, T.II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 904.

laboral común, concretamente los artículos 55 y 56 E.T., en los que se le asigna, respectivamente, al despido declarado judicialmente nulo la readmisión del trabajador, y al declarado improcedente la opción entre la readmisión o la indemnización, además de la obligación del pago de los salarios de tramitación en ambos casos. Partiendo de la base de que es la E.T.T. el sujeto que ostenta la condición de empresario y parte en el contrato de trabajo celebrado con el trabajador puesto a disposición, será ésta la que deberá proceder a la readmisión o indemnización del trabajador, con independencia de que el incumplimiento haya tenido lugar en el ámbito organizativo y productivo de la empresa usuaria, ya que, tal como se ha puesto de manifiesto anteriormente, ésta última no posee la facultad de extinguir el contrato de trabajo, por lo que tampoco parece que sobre ella deban recaer los efectos de la extinción. Un sector doctrinal⁸⁵⁹ viene realizando una interpretación analógica con respecto a la solución adoptada por la jurisprudencia en materia de contratas y subcontratas de obras o servicios, identificando a la empresa principal con la empresa usuaria y a la contratista con la E.T.T.⁸⁶⁰. Según el Tribunal Supremo, la empresa principal “no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario” de la empresa contratista⁸⁶¹, por lo que, tomando como base esta jurisprudencia, se ha señalado que la empresa usuaria tampoco tendrá ningún tipo de responsabilidad en relación a los efectos del despido declarado nulo o improcedente.

Cuestión diferente es la atribución del concreto régimen de responsabilidades que hay que entender aplicable en aquellos casos en los que la E.T.T. no haga frente a las obligaciones que se deriven de la calificación judicial del despido, en concreto con respecto de los salarios de tramitación. Ya se ha visto con anterioridad que la doctrina ha optado por realizar una interpretación analógica con los supuestos de contratas y

⁸⁵⁸ En esta línea, vid. PÉREZ YÁÑEZ, R., “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, op. cit., pág. 45.

⁸⁵⁹ DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, op. cit., pág. 34, y PÉREZ YÁÑEZ, R., “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, op. cit., pág. 45.

⁸⁶⁰ Esta interpretación es también acogida por la Sentencia de 12-6-1995 del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid, (Actualidad Laboral nº 40, 1995).

⁸⁶¹ STS 7-7-1994 (Ar. 6351).

subcontratas en lo que concierne a los efectos del despido disciplinario. Del mismo modo, puede defenderse nuevamente una interpretación analógica en lo que respecta al régimen de responsabilidades aplicable a ambas empresas en el supuesto de que la E.T.T. no hiciese frente a sus obligaciones contractuales, si bien, a diferencia de las contratas y subcontratas, la empresa usuaria es responsable subsidiariamente con carácter general -art. art. 16.3 L.E.T.T.-. En este sentido, un sector de la doctrina⁸⁶² ha venido manteniendo, en los supuestos de contratas y subcontratas, la responsabilidad solidaria de la empresa principal con respecto a los salarios de tramitación, basándose en la naturaleza salarial de éstos⁸⁶³.

Esta misma interpretación ha sido la acogida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina⁸⁶⁴, afirmando su naturaleza salarial con independencia de cuál sea la calificación del despido⁸⁶⁵. Esta interpretación no sólo es defendible desde la óptica de la naturaleza salarial de los salarios de tramitación, sino que constituye además la solución más acorde a la exigencia de seguridad jurídica que impone el art. 9.3 C.E. si se reflexiona sobre el hecho de que, tanto en los supuestos de contratas y subcontratas como en los de E.T.T., la peculiar estructura de las relaciones que surge entre estas empresas y el trabajador no puede tener como objetivo la elusión de

⁸⁶² CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, op. cit., pág. 138. Para GONZÁLEZ VELASCO, J., y VIVES USANO, M.P., “Salarios de tramitación”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993, pág. 559, la naturaleza salarial de los salarios de tramitación tanto en el despido nulo como en el improcedente se basa en el carácter restitutorio -y no resarcitorio- que poseen los mismos.

⁸⁶³ Para otro sector doctrinal éstos poseen naturaleza indemnizatoria extrasalarial. Como exponente de esta opción, vid. ALONSO OLEA, M., “El despido. (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)”, op. cit., pág. 175, para quien el importe de los salarios de tramitación “es verdadera y propiamente, y siempre, una sanción por el incumplimiento del empresario del contrato de trabajo que se refleja en la falta de causa del despido”.

⁸⁶⁴ La STS 7-7-1994 (Ar. 6351) se decanta, en unificación de doctrina, por esta interpretación, siguiendo la línea marcada por las SSTs 9-4-1984 (Ar. 2057), STS 28-6-1986 (Ar. 3753), STS 27-10-1986 (Ar. 5906), STS 2-12-1992 (Ar. 10050) y STS 19-5-1994 (Ar. 4284). Se rechaza, pues, la tesis de la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación.

⁸⁶⁵ Con lo que se ha clarificado en parte la problemática entre el efecto suspensivo o extintivo del acto de despido disciplinario objeto de reclamación jurisdiccional. Vid. MARTÍN VALVERDE, A., “El efecto extintivo del acto de despido disciplinario”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997.

responsabilidades que no hubieran podido evitarse por la empresa usuaria si ésta hubiese contratado directamente los servicios del trabajador.

Por el contrario, con respecto a la indemnización derivada del despido, tanto la doctrina⁸⁶⁶ como la jurisprudencia⁸⁶⁷ se ha pronunciado en contra de la responsabilidad solidaria, derivándose esta conclusión del hecho que la indemnización no posee naturaleza salarial, si bien algún autor se manifiesta en contra de esta interpretación restrictiva, pronunciándose a favor de la naturaleza salarial por el hecho de que la indemnización se ha ido devengando día a día, durante la vigencia de la contrata y por la prestación de servicios cuyo resultado final ha revertido en el patrimonio de la empresa principal⁸⁶⁸. En esta misma línea, la doctrina mayoritaria ha señalado los peligros de los diferentes fenómenos que entrañan los nuevos fenómenos de descentralización productiva, en especial en cuanto a una posible elusión de responsabilidades -tal es el caso de los supuestos de encadenamiento de contrata-, en los cuales se pretende diluir la responsabilidad del empresario principal, objetivo que resulta inaceptable si se tiene en cuenta que el fundamento de la responsabilidad solidaria en materia laboral y de seguridad social descansa en la relación indirecta de aprovechamiento del trabajo, y como criterio equitativo de asignación de costes laborales y sociales a todos los que se benefician del trabajo⁸⁶⁹. Así pues, este tipo de responsabilidad hubiera resultado más coherente con las circunstancias que rodean la puesta a disposición del trabajador puesto a disposición, de tal forma de que el empresario que decide solicitar el auxilio de otro

⁸⁶⁶ MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas en España. Criterios jurisprudenciales”, en AA.VV., (BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pág. 430-431; CRUZ VILLALÓN, J., descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, op. cit., pág. 138.

⁸⁶⁷ STS 9-4-1984 (Ar. 2057) y STS 27-10-1986 (Ar. 5906).

⁸⁶⁸ MARÍN CORREA, J.M^a, “Nota al comentario de la STCT de 8 de noviembre de 1988”, Actualidad Laboral, T. I, 1989, pág. 197.

⁸⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, op. cit., pág. 263; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Cadena de contrata y responsabilidad del empresario principal”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1996, págs. 49-50; SALA FRANCO, T., “La descentralización del trabajo”, en DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A., y SALA FRANCO, T., “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, op. cit., pág. 219.

para colaborar en su proceso productivo, debería asumir una importante función garantista de los derechos que posean los trabajadores implicados en tal operación⁸⁷⁰.

Las consideraciones efectuadas anteriormente pueden ser aplicables, a mi juicio, al supuesto objeto de estudio, máxime teniendo en cuenta que la relación que se crea entre la empresa usuaria y el trabajador puesto a disposición posee una mayor intensidad que la que se da entre la empresa principal y el trabajador que presta sus servicios en la empresa contratista⁸⁷¹, consecuencia directa de la integración del trabajador dentro del ámbito organizativo de la empresa usuaria, quien además ostenta las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo que dura la puesta a disposición. La única diferencia es que la responsabilidad de la empresa usuaria en materia de salarios de tramitación es una responsabilidad subsidiaria -y no solidaria, como es el caso de las contratas y subcontratas de obras o servicios-, ya que este tipo de responsabilidad posee su apoyo legal en el art. 16.3 L.E.T.T., según el cual “la empresa usuaria responderá *subsidiariamente* de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición”, con la excepción de que esta responsabilidad puede exigirse solidariamente en los supuestos en los que dicho contrato se haya realizado con incumplimiento de lo previsto en los arts. 6 y 8 de la mencionada norma.

En relación a los supuestos de responsabilidad solidaria, pueden encontrarse actualmente algunos pronunciamientos jurisprudenciales que declaran la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en aquellos casos en los que se produce la vulneración de los preceptos mencionados⁸⁷². En estos casos, se equiparan -en

⁸⁷⁰ Reflexión que, en los supuestos de contratas y subcontratas de obras o servicios, lleva a cabo SEMPERE NAVARRO, A.V., “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997, pág. 333.

⁸⁷¹ Tal como ha señalado PÉREZ YÁÑEZ, R., “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, op. cit., pág. 51.

⁸⁷² Sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid 12-6-1995 (Actualidad Laboral nº 40/1995, ref. 1666).

relación a la responsabilidad entre ambas empresas- los efectos previstos para la cesión ilegal de trabajadores del art. 43.2 E.T., lo que, a juicio de un sector doctrinal, se ha venido interpretando como una “medida sancionatoria” para la empresa usuaria⁸⁷³. No obstante, podría también acogerse una segunda interpretación que consistiría en entender que la razón de que la L.E.T.T. equipare -en cuanto a las obligaciones salariales y de seguridad social- los efectos de la contratación realizada vulnerando los arts. 6 y 8 de la norma citada a los efectos previstos en el art. 43.2 E.T. respondería a la razón de que realmente nos encontramos ante el mismo supuesto de hecho de la cesión ilegal de trabajadores, si tenemos en cuenta que la L.E.T.T. únicamente autoriza el recurso a las E.T.T. en los casos expresamente contemplados, y siempre respondiendo a necesidades estrictamente temporales de la empresa usuaria (art. 1 L.E.T.T.), por lo que todos aquellos supuestos que no puedan encuadrarse dentro de los autorizados por la norma deberán tener la consideración de cesión ilegal, con las consecuencias previstas en el art. 43.2 E.T., resultando una manifestación de dichas consecuencias la responsabilidad solidaria de ambas empresas en relación a las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador bajo la vigencia del contrato de puesta a disposición, responsabilidad prevista en el art. 16.2 L.E.T.T..

Al igual que se ha visto en el apartado relativo a la reclamación de las deudas salariales, la atribución de la responsabilidad subsidiaria a la empresa usuaria por parte del precepto mencionado implica que el trabajador debe someterse a una complicada tramitación cuando éste decida reclamar los salarios de tramitación. Y así, del mismo modo que se ha visto en el apartado citado, el primer paso a seguir por el trabajador será la reclamación de los salarios de tramitación pendientes a la E.T.T.. En el supuesto de que ésta no proceda al pago de los mismos, el trabajador podrá proceder a la ejecución de la garantía financiera, siempre partiendo de la naturaleza salarial de los salarios de tramitación -según se ha analizado anteriormente-, en base a la previsión establecida en el art. 3.5 L.E.T.T. y en el art. 9 R.E.T.T., según el cual la garantía financiera responderá

⁸⁷³ Mantiene esta opción interpretativa GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (II)”, op. cit., pág. 31, para quien “es evidente que la

de las deudas salariales, de las deudas por indemnizaciones económicas tras la finalización del contrato de puesta a disposición y de las de Seguridad Social. La solicitud de la ejecución debe ir acompañada de una serie de documentación acreditativa -art. 9.2 R.E.T.T.- y el plazo para solicitar la misma es de un año desde la fecha del acto de conciliación o resolución judicial firme en que se reconozca la deuda. Cuando la garantía financiera resulte insuficiente para satisfacer la cuantía de los salarios de tramitación, el trabajador deberá someterse al orden de prelación establecido en el art. 9.4 R.E.T.T., lo que implica que únicamente gozan de preferencia absoluta los créditos correspondientes a los últimos treinta días de trabajo y en cuantía no superior al doble del salario mínimo interprofesional. Una vez abonados los salarios en la cuantía mencionada, el remanente se aplicará al pago de las restantes deudas salariales, debiendo el trabajador someterse a un orden de prelación de créditos que viene determinado en función de la fecha de presentación de la solicitud de ejecución de la garantía. Cumplidos estos trámites, será cuando el trabajador podrá reclamar a la empresa usuaria las cuantías que todavía no se hayan satisfecho por parte de la E.T.T., bien directamente, bien tras el recurso a la ejecución de la garantía.

En este punto, conviene recordar que el trabajador sólo puede instar la ejecución de la garantía financiera en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de la E.T.T., circunstancia que conlleva una consecuencia importante a la hora de poder acudir a la empresa usuaria para que proceda al pago de los salarios de tramitación pendientes. Puesto que la ejecución de la garantía financiera sólo procede en los casos mencionados, el trabajador podrá acudir a la empresa usuaria siempre que la E.T.T. se niegue a satisfacer las cantidades adeudadas y ésta no se encuentre en uno de los procedimientos concursales a los que se ha hecho referencia, ya que fuera de estos casos no se da el supuesto de hecho necesario para poder ejecutar la garantía, por lo que sería de aplicación directa la regla de subsidiariedad a la que hace referencia el art. 16.3 L.E.T.T., pudiendo el trabajador dirigirse a la empresa usuaria si

la E.T.T. no le ha satisfecho el importe correspondiente de los salarios de tramitación pendientes de pago.

4. La extinción del contrato por causas objetivas: especial referencia a las causas justificativas.

En lo referente a las causas que justifican el despido objetivo, se ha señalado que sería necesaria tanto la existencia de una determinada causa como la presencia de una finalidad contemplada por la norma para que el despido resulte justificado, requisitos que resultan difícilmente aplicables en relación a los trabajadores puestos a disposición, por los motivos que se exponen a continuación. Previamente a la aplicación de los requisitos aludidos a los trabajadores puestos a disposición, resulta conveniente recordar cuál ha sido las líneas esenciales mantenidas por el Tribunal Supremo. Una primera fase evolutiva puede constatarse del análisis de la sentencia de 24-4-1996 (Ar. 5297). En ella se interpreta la noción de situación negativa, tanto desde su existencia como desde su relación con la extinción llevado a cabo por la empresa. Desde el punto de vista de su existencia, se señala que ésta ha de ser objetiva, real y actual, pero que “no es necesario que la situación económica de la empresa sea irreversible”, bastando que el empresario acredite la existencia de esa situación en el momento en que se producen las extinciones. En relación a la conexión entre dicha situación negativa y las extinciones contractuales, se sigue la línea argumental de que no es necesario que el despido sea por sí mismo medida suficiente para superar la crisis, bastando que contribuya a esta finalidad⁸⁷⁴. Esta contribución se logra, a juicio del citado Tribunal, ayudando o concurriendo con otros al logro de una finalidad, si bien matiza que “la contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue”, y no “ocasional, tangencial o remota”. Posteriormente, surge la sentencia de 14-6-1996 (Ar. 5162), a través de la cual se aclara la interpretación que ha de darse al requisito finalista que, además de

⁸⁷⁴ Señala la sentencia citada que “la ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis

acompañar necesariamente a la causa alegada por la empresa, ha de ser probado por parte de ésta a través de un doble procedimiento: por una parte, el empresario debe demostrar que la amortización de los puestos de trabajo se inserta dentro de un plan o proyecto de recuperación con el que se intenta superar la situación negativa de la empresa y, en segundo lugar, la conexión entre la causa alegada por la empresa y los contratos a extinguir debe apreciarse en concreto⁸⁷⁵, respecto de las extinciones particulares a través de las cuales la empresa pretende superar la situación negativa por la que atraviesa.

Si se traslada esta última tendencia jurisprudencial a los trabajadores contratados a través de E.T.T., podríamos llegar a una serie de conclusiones. En primer lugar, que la causa económica alegada por la empresa usuaria debería conectarse a la finalidad que la extinción de los contratos de estos trabajadores lleva consigo. En este sentido, puede que en la empresa usuaria concurriesen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que pueden dar lugar a una extinción por causas objetivas, aplicando la doctrina contenida en la STS 24-4-1996, podría concurrir una causa objetiva real y actual. Ahora bien, si se tiene en cuenta la conexión entre la extinción de este contrato y la finalidad que la norma persigue para considerarla procedente, resulta difícil llegar a la conclusión de que la extinción del contrato del trabajador puesto a disposición pudiera contribuir a la superación de situaciones económicas negativas -en el caso de extinción por causas económicas- o para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa -en el caso de causas técnicas, organizativas o de producción-.

La facultad de extinguir la relación laboral únicamente puede corresponder a la E.T.T., como empresario y parte del contrato de trabajo, siempre que dicha extinción

económica de la empresa”, puesto que tanto el art. 52.c) como el art. 51.6 E.T. no se refieren “a que las extinciones acordadas produzcan forzosamente el saneamiento económico de la empresa”.

⁸⁷⁵ DESDENTADO BONETE, A., “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo. El despido objetivo económico tras la reforma de 1997”, en AA.VV., “Dossier Práctico sobre la reforma laboral de 1997”, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 1997, pág. 82, lo ha denominado “conexión de

responda a las causas previstas por el ordenamiento laboral y pueda comprobarse la adecuación de la medida extintiva a las mismas. A estos efectos, la E.T.T. no está vinculada a una hipotética decisión de la empresa usuaria por razones organizativas de ésta o de estrategia empresarial. Ahora bien, ello no es obstáculo para que la empresa usuaria posea otros mecanismos para la satisfacción de los intereses que considera que no se han satisfecho a través del servicio prestado por la E.T.T., de forma que aquélla podrá reaccionar contra ésta a través de la jurisdicción civil, puesto que la Disposición Adicional 1ª L.E.T.T. establece que se aplicará la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la E.T.T. y la empresa usuaria. De esta forma, se garantiza la necesaria separación de los planos civil -entre la E.T.T. y la usuaria- y laboral -entre la E.T.T. y el trabajador-, sin que la primera de las relaciones deba influir necesariamente sobre la segunda, dado que esta última debe ajustarse necesariamente a las prescripciones del ordenamiento laboral, con independencia de los intereses organizativos y productivos que puedan presidir el interés empresarial de la empresa usuaria.

Esta vía de reclamación civil tendría su apoyo jurídico en el art. 1124 C.C., que prevé la facultad de resolver las obligaciones recíprocas en el supuesto de que uno de los obligados -en este caso la E.T.T.- no cumpliera sus obligaciones contractuales, pudiendo entenderse que el hipotético incumplimiento del trabajador, que a juicio de la empresa usuaria se ha producido, implicaría el incumplimiento de las obligaciones que posee la E.T.T. en relación a la usuaria. De este modo, es posible encontrar un apoyo legal para que la empresa usuaria pudiera pedir la resolución del contrato de puesta a disposición sin que esta rescisión llevase aparejada necesariamente la automática extinción del contrato de trabajo de la E.T.T. con el trabajador. Esto se produciría en aquellos supuestos en los que la causa que justifica una posible rescisión contractual del contrato civil de puesta a disposición no posee la entidad suficiente para que pueda ser susceptible, desde la perspectiva de las exigencias y requisitos a los que el ordenamiento

instrumentalidad entre las extinciones del contrato de trabajo y las finalidades que la norma considera para establecer su procedencia”.

laboral obliga, de provocar una extinción del contrato de trabajo entre el trabajador y la E.T.T..

5. La extinción anticipada del contrato de trabajo en la negociación colectiva: su dudosa consideración como causa de extinción del contrato de trabajo.

Entre los supuestos que podrían dar lugar a la extinción del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador merece una especial consideración el estudio de aquellas cláusulas contenidas en los convenios colectivos de E.T.T., según las cuales el contrato de trabajo queda resuelto cuando la empresa usuaria resuelva el contrato de puesta a disposición, cualquiera que sea su causa, y también cuando el contrato de puesta a disposición se resuelva parcialmente por la empresa usuaria, lo que producirá automáticamente una extinción equivalente de los contratos de trabajo. Así pues, se hace depender la extinción del contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador a la extinción anticipada del contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria, de tal forma que es causa automática de extinción del contrato de trabajo la finalización del de puesta a disposición. Los contratos de trabajo celebrados entre la E.T.T. y el trabajador se presumen así celebrados a condición de que esté vigente el contrato de puesta a disposición, lo que equivale al establecimiento de una condición resolutoria, que en este caso viene dada, como se ha expuesto, por la finalización del contrato de puesta a disposición celebrado entre ambas empresas.

Actualmente, la doctrina se encuentra dividida en relación a la adecuación a la legalidad de este tipo de cláusulas convencionales. Para algunos autores⁸⁷⁶, este tipo de cláusulas son lícitas, argumentando que la causa “natural” de resolución del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada es la terminación del servicio para el que el trabajador fue contratado, esto es, el contrato de puesta a disposición, todo ello en base al art. 49.1.c) E.T. Es necesario matizar en este punto que esta conclusión parte

⁸⁷⁶ DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, op. cit., pág. 52.

de la premisa de que no todas las modalidades contractuales por duración determinada son aptas para las necesidades que origina el contrato de puesta a disposición, y, en este sentido, el contrato de obra o servicio constituye, para estos autores, el supuesto de celebración del contrato de trabajo más adecuado a la causa de la cesión, viniendo dada la obra o servicio precisamente por la celebración del contrato de puesta a disposición.

Ya se ha señalado en el apartado II -relativo a la relación entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo- que, a mi juicio, resulta imposible separar la causa que da lugar al contrato de trabajo de la que ha venido a justificar la celebración del contrato de puesta a disposición, fundamentalmente por el hecho de que el contrato de trabajo asume la causalidad que le viene dada por las concretas necesidades temporales de la empresa usuaria. De este modo, el trabajador celebraría su contrato de trabajo con la E.T.T. en base a la específica causa que se haya pactado entre ambas empresas a la hora de celebrar el contrato de puesta a disposición, causa que conoce la E.T.T. porque forma parte del contenido mínimo del contrato de puesta a disposición -art. 14 c) R.E.T.T.-. En este sentido, la E.T.T. no puede alegar el desconocimiento de la causa que da lugar al contrato de puesta a disposición, por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque el recurso a las E.T.T. únicamente se permite cuando la cobertura del puesto de trabajo en la empresa usuaria se debe a una necesidad temporal -nunca indefinida-, lo cual se conecta con la lista tasada de supuestos fuera de los cuales no es posible la celebración del contrato de puesta a disposición -art. 6.2 L.E.T.T.-. Por otra parte, y a pesar de que la L.E.T.T. no exija un control fiscalizador de la causa por la que se celebra el contrato de puesta a disposición con la empresa usuaria, la E.T.T. no puede alegar el desconocimiento de la causa que ha llevado a la celebración del mismo, ya que en el art. 14 c) R.E.T.T. se establece, como uno de los contenidos mínimos del contrato de puesta a disposición, el supuesto de celebración al que se haya recurrido, “con expresión concreta de la causa que lo justifica”, según lo previsto en el art. 6.2 L.E.T.T., de 1 de junio. Así pues, la E.T.T. posee la suficiente información para hacer coincidir la causa del contrato de trabajo y la del supuesto de puesta a disposición.

En mi opinión, resulta más adecuada la opción interpretativa sostenida por otro sector de la doctrina⁸⁷⁷, para quienes resulta de dudosa legalidad este tipo de práctica negocial, dado que la condición -como causa extintiva del contrato de trabajo- posee un carácter excepcional, y por ello debe interpretarse restrictivamente, razón por la cual resulta abusiva su aplicación cuando se produzca la extinción del contrato de puesta a disposición⁸⁷⁸. Por ello, se ha señalado⁸⁷⁹ que resulta más adecuada la equiparación de este supuesto extintivo con la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, y de ahí que los contratos de trabajo se someterían a las reglas aplicables a este tipo de extinciones, bien sean individuales -art. 52.c)- o colectivas -art. 51 E.T.-, lo que llevará aparejado el correspondiente derecho a indemnización, al igual que lo que sucede con el resto de contratos, sean fijos o temporales.

En el art. 41 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T., se establece como causa de extinción anticipada de la relación laboral la resolución total o parcial antes de su vencimiento del contrato de puesta a disposición⁸⁸⁰, si bien se limita la aplicación de esta cláusula al supuesto previsto en el apartado b) del art. 6.2 L.E.T.T.. En este caso, se establece la percepción de una indemnización para el trabajador afectado de 20 días de salario por año de servicio, pero ello se somete al requisito de que la resolución anticipada se produzca a partir de haberse cumplido cuatro meses de la vigencia del contrato de trabajo. Esta cláusula convencional parece combinar la posibilidad de rescindir el contrato de trabajo con la E.T.T. cuando se produzca una paralela extinción del de puesta a disposición con los efectos de la extinción por causas económicas,

⁸⁷⁷ LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, en AA.VV. (coord: ROJO TORRECILLA, E.), “Las reformas laborales de 1994 y 1997”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 123 y ss.

⁸⁷⁸ No comparte esta argumentación GALA DURÁN, C., “Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas y las empresas usuarias”, op. cit., pág. 210, para quien “la STS de 28 de febrero de 1996 ha vuelto a plantear la posibilidad de introducir condiciones resolutorias en el contrato de trabajo, conforme a lo establecido en el art. 49.1.b) E.T., concluyendo al respecto que «se trata, sin duda, de una condición resolutoria, y tal tipo de condiciones es susceptible de inclusión en el contrato como causa de extinción», por lo que “podría entenderse que la rescisión anticipada del contrato de puesta a disposición podría actuar como condición resolutoria del propio contrato de trabajo siempre y cuando esa rescisión no implicase abuso de derecho o fraude”.

⁸⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 102.

⁸⁸⁰ Vid, asimismo, el art. 39 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

técnicas, organizativas o productivas, si bien con el requisito temporal de que se hayan cumplido cuatro meses de existencia del contrato de trabajo. A esto hay que añadir que sólo sería posible en el supuesto de eventualidad -art. 6.2 b) L.E.T.T.-.

En este punto, comparto la opción interpretativa que rechaza la posibilidad de rescindir el contrato de trabajo cuando se produzca una resolución del de puesta a disposición, en base a una serie de argumentaciones. En primer lugar, porque no resulta adecuado, desde una perspectiva contractualista de los poderes empresariales, que las causas provenientes de la empresa usuaria se asuman por la E.T.T., cuando la empresa usuaria no ha formado parte del contrato de trabajo celebrado por el trabajador. Por ello hay que distinguir las causas que dan lugar a la celebración del contrato de trabajo y las que dan lugar a la extinción del mismo. En la configuración de las primeras sí que tiene trascendencia la causa que haya dado lugar al contrato de puesta a disposición, en el sentido de que -como ya se ha visto anteriormente- la causa de temporalidad existente en la empresa usuaria es la misma que fundamenta el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador. Ello es así porque únicamente bajo los supuestos del art. 6.2 L.E.T.T. es posible la celebración del contrato de puesta a disposición y, por consiguiente, también la celebración del contrato de trabajo para cubrir el puesto de trabajo de naturaleza temporal. Además, hay que tener en cuenta que esta causalidad queda reflejada en el contrato de trabajo celebrado con la E.T.T. en el mismo momento de la formalización del contrato, por lo que el trabajador ve reflejada en su contrato la causa que le lleva a la celebración del mismo.

Por el contrario, no parece que pueda apreciarse una correlación de causas en los supuestos de extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la correlativa extinción del contrato de puesta a disposición. En este último caso, a diferencia del momento de la contratación por la E.T.T., lo que se pretende es que ésta extinga el contrato en base a la extinción anticipada del contrato de puesta a disposición, sin que esta previsión convencional haya tenido en cuenta que el despido es una institución

causal⁸⁸¹. Ello llevaría a la conclusión de que la E.T.T. no podría resolver el contrato por la mera extinción anticipada del contrato de puesta a disposición, ya que esto supondría admitir la posibilidad de despedir al trabajador sin que esta extinción estuviese sujeta a causa alguna. Ello no impediría una posible responsabilidad civil -por los daños y perjuicios causados- entre la E.T.T. y la empresa usuaria cuyo fundamento jurídico vendría dado por el art. 1101 C.C., y que podría pactarse en el contrato de puesta a disposición, aunque podría exigirse igualmente por aplicación directa del mencionado precepto. Como ya se ha señalado anteriormente en otros supuestos susceptibles de dar lugar a este tipo de responsabilidad, con esta fórmula se garantiza la necesaria separación de los planos civil -entre la E.T.T. y la usuaria- y laboral -entre la E.T.T. y el trabajador-, sin que la primera de las relaciones deba influir necesariamente sobre la segunda, dado que esta última debe ajustarse necesariamente a las prescripciones del ordenamiento laboral, con independencia de los intereses organizativos y productivos que puedan presidir el interés empresarial de la empresa usuaria⁸⁸².

Ahora bien, el tema puede también plantearse desde la perspectiva de que el trabajador viese extinguido su contrato por causas objetivas. Por ello, si se analiza este supuesto desde la óptica de que estamos ante una extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ésta deberá someterse necesariamente a los requisitos causales y procedimentales previstos en el art. 52 c) y 53 E.T. El siguiente paso nos llevaría, pues, al análisis de la posibilidad de que la E.T.T. proceda a la

⁸⁸¹ En opinión de BONARDI, O., “I progetti di legge sul lavoro interinale nella XII legislatura”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, III, 1996, pág. 213, ante la omisión de la norma italiana sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo en los supuestos de extinción anticipada, debería operar la regla general en materia de extinción del contrato, de forma que ésta sólo podría operar en el supuesto de existencia de justa causa. De lo contrario, el trabajador debe ser resarcido del daño aplicando las reglas de extinción de los contratos por duración determinada, esto es, a través de una cantidad equivalente a lo que habría percibido si el contrato hubiese continuado hasta el término preestablecido -“in misura pari alle retribuzioni che avrebbe percepito se il rapporto fosse continuato sino al termine prestabilito”.

⁸⁸² En este punto, comparto la opinión de CRUZ VILLALÓN, J., “Empresas de trabajo temporal y negociación colectiva”, op. cit., 1996, pág. 106, para quien el convenio colectivo no resultaría un instrumento hábil para la estipulación de obligaciones indemnizatorias entre E.U y E.T.T. derivadas de rescisiones *ante tempus* del contrato de puesta a disposición, ya que este tipo de pactos se sitúan fuera del contenido posible del convenio colectivo en los términos previstos en el art. 85 E.T., al constituir un

extinción por las causas objetivas que le vengan dadas de la empresa usuaria, lo que obliga a prestar una especial atención en relación a si dichas causas pueden servir para que la E.T.T. proceda a la extinción del contrato de trabajo.

La normativa convencional ha prestado una especial atención a los supuestos de extinción anticipada del contrato de puesta a disposición cuando éste ha sido celebrado bajo el supuesto de eventualidad del art. 6.2.b) L.E.T.T.. En este sentido, el art. 41 del Convenio colectivo estatal de E.T.T. establece que constituye causa de extinción anticipada de la relación laboral la resolución total o parcial del contrato de puesta a disposición, siempre que se acredite la finalización de la causa por la que fue contratado, siendo esta previsión únicamente de aplicación en el supuesto del apartado b) del art. 6.2 L.E.T.T.. Asimismo, únicamente se prevé la posibilidad de indemnizar al trabajador afectado si la resolución anticipada se produce a partir de haberse cumplido cuatro meses de la vigencia del contrato de trabajo, siendo su cuantía de 20 días de salario por año de trabajo. Esta previsión convencional pretendería asegurar a la E.T.T. la posibilidad de extinguir anticipadamente los contratos celebrados bajo este concreto supuesto, puesto que es precisamente el contrato eventual el que mayores problemas plantearía a la hora de proceder a su extinción anticipada. Ello se comprueba al comparar esta modalidad con el resto de supuestos de celebración del contrato de puesta a disposición previstos en el art. 6.2 L.E.T.T., ya que -excepto el supuesto contemplado en la letra d), cuya duración máxima se fija en 3 meses- en el resto no existe un término cierto, siendo su duración coincidente con el tiempo durante el cual subsista la causa que dio lugar al respectivo contrato -para la realización de una obra o servicio determinado (art. 6.2.a) y para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo (art. 6.2.c)-, lo cual podría facilitar a la E.T.T. la rescisión del contrato de trabajo cuando la empresa usuaria pusiera fin al contrato de puesta a disposición como consecuencia de la desaparición de la causa de eventualidad que dio lugar al mismo.

Éste es precisamente el supuesto de hecho contenido en la sentencia del TSJ del País Vasco de 28 de enero de 1997 (Ar. 110), en la que la E.T.T. alegaba, en favor de la extinción anticipada del contrato de trabajo, la interpretación conjunta de los artículos 7.1 L.E.T.T. y 15.2.f) R.E.T.T.. La E.T.T. argumentaba que la duración prevista contrato de trabajo es simplemente una duración estimativa y que, por lo tanto, no vincula a ésta en el supuesto en que la empresa usuaria rescinda el contrato de puesta a disposición, ya que según el art. 15.2.f) R.E.T.T. “el contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá, como mínimo, los siguientes datos: (...) f) duración estimada del contrato de trabajo”. Sin embargo, esta argumentación es rechazada, por lo que la extinción anticipada del contrato en el supuesto de eventualidad del art. 6.2.b) L.E.T.T. no resultaría posible, en virtud de una serie de razones que ha puesto de manifiesto la sentencia citada. Entre éstos destaca aquél que se basa en el hecho de que la plasmación en el contrato de trabajo de una duración estimada a que se refiere el apartado f) del art. 15.2 del Decreto cumple una especial función cuando se trata de contratos temporales que no tienen fijado un límite máximo de duración, lo que ocurre en los supuestos de los apartados a) -obra o servicio- y c) -interinidad por vacante- del art. 6 L.E.T.T., pues teniendo por objeto dar al inicio un mínimo de seguridad jurídica a la relación laboral, en los supuestos de los apartados b) y d) ya queda en parte satisfecha con la fijación de la duración máxima de la relación, que por tratarse de un breve período de tiempo -seis o tres meses, respectivamente-, el empresario puede, dentro del mismo, hacer un juicio de previsibilidad⁸⁸³ que le permita determinar inicialmente la concreta duración del contrato⁸⁸⁴.

⁸⁸³ La doctrina francesa rechaza, con argumentaciones similares, este tipo de extinciones anticipadas. Según ALIBERT, B., “Le contrat de travail temporaire”, op. cit., pág. 24, el contrato de trabajo del trabajador puesto a disposición no puede concertarse bajo imprecisiones, ya que un tiempo corto -que es lo más usual en este tipo de trabajo- puede ser previsto por la empresa usuaria.

Para LYON-CAEN, A., y MAILLARD, J., “La mise a disposition de personnel”, Droit Social, nº 4, 1981, pág. 329, el Code du Travail pretende evitar el despido del trabajador que tenga como causa la finalización contrato de puesta a disposición entre ambas empresas.

⁸⁸⁴ La STS del País Vasco de 28-1-1997 parte de la premisa de que “el art. 10 de la Ley (al que ha de acudir para averiguar la duración del contrato del actor), sólo contempla la opción entre por tiempo indefinido o por una «duración determinada» coincidente con la del contrato de disposición, expresión

A la argumentación dada por el Tribunal podría añadirse, en contra de este tipo de rescisiones anticipadas, que este tipo de previsiones contradice la legalidad vigente, si se tiene en cuenta que la posibilidad de extinción del contrato por causas objetivas ha de responder a una de las causas enumeradas en el art. 52.c E.T, tal como se ha señalado anteriormente. Tras la reforma operada por la Ley 63/1997, la norma sigue requiriendo la “necesidad objetivamente acreditada”, criterio que no debe confundirse con el de “mera conveniencia del empresario en obtener la mayor economicidad en la gestión o el máximo de beneficio posible”⁸⁸⁵, lo que implica una valoración objetiva de las exigencias de la organización productiva, para poder así objetivar los intereses del empresario. Por otra parte, resulta unánimemente aceptado por la doctrina que entre las causas del art. 40, 41 y 52.c) E.T. hay más que diferencias de grado o intensidad, puesto que existe una “distinción cualitativa” según la cual la causa inmediata que justifica la decisión extintiva de los contratos de trabajo no sería la misma que ampara el ejercicio de los poderes empresariales a la hora de proceder a la variación de las condiciones de

esta última que, en caso de duda exige decantarse por una duración determinada dentro de la temporalidad”.

Concluye la sentencia que “como quiera que en esta clase de contratos las circunstancias estructurales de la actividad empresarial son la razón de la temporalidad, como excepción a su vigencia definida, no lo son sin embargo, de la validez del vínculo contractual”, de forma que “éste se desarrolla históricamente, con toda su eficacia, independientemente de aquellas circunstancias, de modo que, si no concurrieren la totalidad del término pactado, advendría el contrato en concertado cuanto menos por el tiempo estipulado”.

⁸⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., “El despido colectivo en el derecho español. Estudio de su régimen jurídico”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 57.

trabajo. En todo este orden de causas existe un principio de jerarquía del que resultaría que el despido por causas económicas es la *última ratio*⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ Vid, en este sentido, CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, en AA.VV., “Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 44; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, en AA.VV., “La reforma del Mercado Laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 403; GOERLICH PESET, J.M., “La extinción del contrato de Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 76.

X. LA OBLIGACIÓN DE FORMACIÓN EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

1. La empresa de trabajo temporal como sujeto obligado a la formación del trabajador.

En nuestro ordenamiento laboral, las acciones formativas necesitan de un desarrollo específico para intentar superar las lagunas existentes, puesto que el art.4.2.b) E.T. sólo reconoce un genérico derecho a la formación profesional en el trabajo, el cual necesita ser concretado en sede negociadora⁸⁸⁷. A nivel estatal, las bases sobre las que se articula el sistema de formación profesional se contienen en el II Acuerdo Nacional sobre formación continua de 19 de diciembre de 1996⁸⁸⁸. Los acuerdos alcanzados por las partes negociadoras en el ámbito formativo son de una importancia fundamental ante los procesos de cambio económico, tecnológico y social, tal como se puso de manifiesto el I Acuerdo Nacional sobre Formación Continua de 22 de diciembre de 1992⁸⁸⁹ y se reiteró en el II Acuerdo de 1996. Tres son los principios básicos sobre los que se sustenta el sistema de formación continua: el incremento de la competitividad de las empresas, la contribución a la promoción social de los trabajadores y la implantación de un sistema de formación profesional sustentado en la concertación social⁸⁹⁰.

Con respecto a la formación en las E.T.T., también surgen algunos problemas interpretativos derivados de la existencia de la relación triangular entre la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador puesto a disposición, pues la persona que contrata al trabajador -la E.T.T.- no es la misma que la que recibe la prestación de servicios de éste -la empresa usuaria-. Ello obliga a delimitar cuál de las dos empresas posee el deber de formación, el cual, según el art. 12 L.E.T.T. corresponde a la E.T.T., que establece las obligaciones en materia de formación de los trabajadores puestos a disposición que

⁸⁸⁷ ROJO TORRECILLA, E., "Informe sobre la incidencia del Acuerdo Tripartito Gobierno-CEOE-CC.OO y UGT en materia de Formación Continua en el ámbito competencial de la Generalitat Valenciana referente a la Formación Profesional Ocupacional", Revista de Treball, nº 22, 1994, pág. 246.

⁸⁸⁸ BOE 1-2-1997.

⁸⁸⁹ BOE 10-3-1993.

preceptivamente debe cumplir dicha empresa. Previamente al estudio del deber de formación, hay que señalar las dificultades existentes en este tipo de empresas para poder dar un cumplimiento adecuado a dicho deber, puesto que las E.T.T. solicitan trabajadores para cubrir necesidades urgentes de mano de obra, lo cual obliga a los trabajadores a incorporarse de forma inmediata. Esta inmediatez en la respuesta característica de los servicios prestados por las E.T.T. dificulta de forma notable una formación adecuada de los trabajadores temporales, principalmente en orden a evitar los riesgos laborales a los que están expuestos en la empresa usuaria⁸⁹¹. Así pues, la misma temporalidad que constituye el requisito indispensable para poder recurrir a E.T.T. (art. 1 L.E.T.T.), se convierte en un obstáculo para la adecuada formación del trabajador en el puesto de trabajo asignado en la empresa usuaria.

La E.T.T. deberá destinar anualmente el 1% de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados, sin perjuicio de la obligación legal de cotizar por formación profesional -art. 12.2 L.E.T.T.-. En caso de que se incumpla esta obligación, el art. 19.2.d) L.E.T.T. tipifica como infracción grave de la E.T.T. “no destinar a la formación de los trabajadores temporales las cantidades a que se refiere el art. 12.2 de esta ley”. Sin embargo, las previsiones de la L.E.T.T. no resultan suficientes, pues el único establecimiento del deber de destinar el 1% de la masa salarial a la formación de los trabajadores puestos a disposición no soluciona otros aspectos fundamentales, como son los instrumentos a través de los cuales se hace efectivo dicho deber y el tiempo destinado a la formación. Así pues, al igual que sucede con el genérico deber de formación previsto en el art. 4.2.b) E.T., será necesario recurrir a las previsiones establecidas en la normativa convencional para poder intentar despejar los interrogantes que se suscitan en relación a la obligación de formación en las E.T.T..

⁸⁹⁰ SCHULTZ, C., “Formação profissional e negociação coletiva. O Modelo Espanhol”, LTR, São Paulo, 1998, Págs. 114-115.

⁸⁹¹ Estas dificultades para la adaptación y formación en el puesto de trabajo se ha puesto de relieve por CACHÓN RODRÍGUEZ, L., “El mercado laboral y las empresas de trabajo temporal en Bélgica”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, abril-junio, 1994, pág. 113.

2. El tratamiento del deber de formación en la negociación colectiva: especial referencia al II Acuerdo para la Formación Continua en el sector de empresas de trabajo temporal.

El tratamiento dispensado en la negociación colectiva a la obligación de formación es, en mi opinión, insuficiente, ya que no se establecen las debidas previsiones para poder poner en práctica adecuadamente la obligación contenida en el art. 12.2 L.E.T.T.. En este punto, el II Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. no ha establecido una regulación concreta sobre estas materias, ya que el art. 43 del Convenio únicamente prevé el incremento de la cantidad destinada a formación en un 0,25% y la creación de una Comisión específica de formación con el objeto de “impulsar cuantas medidas sean posibles para optimizar los recurso económicos” y de “arbitrar las medidas necesarias de colaboración con la Administración”⁸⁹². De esta forma, el II Convenio Estatal de E.T.T. delega en la Comisión el establecimiento de los instrumentos, cauces y garantías específicas que son necesarios para poder dar cumplimiento a la obligación de formación contenida en el art. 12.2 L.E.T.T..

La indeterminación legal y convencional podría haberse paliado a través del II Acuerdo nacional sobre formación profesional continua en el sector de E.T.T.. de julio de 1997⁸⁹³, pero las previsiones del mismo también resultan, en mi opinión, insuficientes, en base a los argumentos que se exponen a continuación. En relación a los permisos individuales de formación, el régimen contenido en el art. 11 del Acuerdo Nacional sobre Formación Continua en el sector de E.T.T. de 1997 apenas se aparta de lo dispuesto, con carácter general, de lo previsto en el II Acuerdo Nacional de Formación Continua de 1996, aunque la particular relación que se establece entre la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador aconsejasen un tratamiento específico en este sector de actividad, tal como señala la Exposición de Motivos del II Acuerdo para el sector de E.T.T., según el cual “para este sector, el valor estratégico de la formación se

⁸⁹² Vid., asimismo, el art. 41 del Acuerdo Catalán de E.T.T. para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20-11-1997).

hace más evidente debido a las características específicas del sector, así como la polivalencia de los trabajadores pertenecientes al mismo”.

En primer lugar, una de las disfunciones que pueden apreciarse en el II Acuerdo sobre Formación Continua de E.T.T. de 1997 es que se exige una antigüedad de, al menos, un año en la empresa en la que actualmente el trabajador preste sus servicios (art. 11.2 del Acuerdo). Con respecto a este requisito, hay que señalar que pueden surgir ciertos problemas de ilegalidad en relación a lo dispuesto en el art. 12.2 L.E.T.T., ya que cuando dicho precepto establece el deber de formación de la E.T.T., éste no se vincula a ningún requisito de antigüedad en la empresa, por lo que podría decirse que resulta de dudosa licitud la previsión establecida en el II Acuerdo al respecto. La misma conclusión puede extraerse en relación al deber específico de formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir contenido en el art. 12.2 L.E.T.T. y en el art. 28.5 párrafo 2º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, -que será estudiado en el siguiente apartado-, que es de obligado cumplimiento por parte de la E.T.T. Con respecto a este concreto deber de formación, aunque puedan surgir dudas sobre el momento preciso en el que debe impartirse y el alcance que ha de tener la misma, lo que sí que resulta claro de la redacción de la norma es que existe una obligación específica a la que la E.T.T. está obligada a cumplir⁸⁹⁴.

Por otra parte, la falta de adecuación del II Acuerdo para la Formación Continua en el sector de E.T.T. a las particularidades de este sector se pone de manifiesto cuando el requisito de la antigüedad de un año se exige con respecto a la empresa donde el trabajador preste sus servicios. En una relación bilateral típica no habría ningún inconveniente a la hora de aplicar el precepto, puesto que se produce la coincidencia, en un mismo sujeto, del empresario contratante y el empresario donde el trabajador presta sus servicios. Sin embargo, en el supuesto de las E.T.T. esto no sucede, y esto provoca

⁸⁹³ BOE 18-7-1997.

la disfunción de que el art. 11 del II Acuerdo sobre Formación Continua en el sector de E.T.T. está exigiendo la antigüedad de un año en la empresa en la que el trabajador presta sus servicios, que en este caso es la empresa usuaria, cuando, como se ha visto, resulta la E.T.T. la obligada al deber de formación según el art. 12.2 L.E.T.T.. De ahí que, la necesidad de adecuar el art. 11 del II Acuerdo sobre Formación Continua con lo previsto en el art. 12.2 L.E.T.T. llevaría a considerar que la antigüedad del trabajador en la empresa habría de predicarse, en su caso, con respecto a la E.T.T., y no en relación con la empresa usuaria.

A lo anteriormente expuesto podría añadirse que la corta duración de la puesta a disposición para la que el trabajador es contratado por la E.T.T. impedirá, en la mayoría de los casos, que aquél pueda beneficiarse de los permisos individuales para la formación establecidos en el precepto mencionado, especialmente con respecto a los trabajadores contratados por duración determinada coincidente con la duración temporal del contrato de puesta a disposición. En este sentido, el régimen de los permisos individuales de formación contemplados en el art. 11 del Acuerdo sobre Formación Continua de E.T.T. de 1997 resulta materialmente inaplicable en los casos en los que se celebra un contrato de puesta a disposición bajo el supuesto de eventualidad y de cobertura de un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección o promoción, ya que su duración es de 6 meses y 3 meses, respectivamente. En los supuestos de obra o servicio e interinidad, a pesar de que no poseen una duración máxima, tampoco es previsible que el trabajador vaya a prestar sus servicios durante, al menos, un año, por lo que también en estos casos es difícil que puedan ponerse en práctica los permisos individuales para la formación.

El art. 12.2 L.E.T.T. no prevé el momento en el cual el trabajador debe recibir esta formación, por lo que cabe la posibilidad de que ésta tenga lugar previamente a la puesta a disposición o a lo largo del tiempo que dura la misma. En principio, y por la

⁸⁹⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996, pág. 107.

importancia que los aspectos formativos pueden tener en materia de prevención de riesgos laborales, parece más adecuado desde una interpretación integradora de la L.E.T.T., que la mayor carga formativa se lleve a cabo previamente a la puesta a disposición del trabajador. Sin embargo, y por la interconexión del deber general de formación con el deber específico de formación en materia de prevención de riesgos, el trabajador debe recibir en todo momento la formación suficiente y adecuada, por lo que la formación no sólo se deberá garantizar en el momento de la contratación, sino que deberá ir en consonancia a las necesidades que surjan en el marco de la prestación laboral del trabajador. En mi opinión, esta interpretación puede defenderse por analogía con el art. 19 E.T., según el cual el empresario deberá garantizar la formación teórica y práctica suficiente y adecuada en materia preventiva “tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo”.

En relación a la formación que la E.T.T. ha de proporcionar previamente a la puesta a disposición del trabajador, hay que señalar las dificultades que pueden surgir a la hora de poner en práctica dicha obligación. Como ya se ha puesto de manifiesto, el trabajador es contratado por la E.T.T. para la cobertura urgente de un puesto de trabajo, por lo que resulta bastante difícil en la práctica que la E.T.T. proporcione una formación adecuada en el corto período de tiempo que, casi con toda probabilidad, va a transcurrir entre la contratación del trabajador y su efectiva puesta a disposición. Aún así, esta dificultad no puede eximir a la E.T.T. del deber de proporcionar la formación necesaria al puesto de trabajo, por la expresa prescripción del art. 12.2 L.E.T.T.. Esta obligación, claramente prevista en el precepto mencionado, ha de prevalecer sobre la facultad que se concede a la E.T.T. para poder denegar la solicitud del permiso individual para la formación -art. 11.3 del II Acuerdo para la Formación Continua del sector de E.T.T.. Tampoco resulta acorde a la finalidad del art. 12.2 L.E.T.T. otra de las previsiones contenidas en el art. 11.3 del II Acuerdo, según el cual, en el momento de valorar la solicitud del permiso de formación, la E.T.T. podrá tener en cuenta las necesidades

productivas y organizativas de la misma, así como que el disfrute de los permisos no afecte significativamente la realización del trabajo en la misma. El hecho de hacer depender de las necesidades productivas de la empresa usuaria la concesión de los permisos formativos, puede dificultar todavía más la obtención de una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, pues la E.T.T. podría recurrir frecuentemente a la necesidad urgente que posee la empresa usuaria de cubrir el puesto de trabajo con el objeto de retrasar el cumplimiento de las acciones formativas, o incluso no llevar a cabo dichas obligaciones si, como consecuencia del retraso en la formación, finalizase el período de tiempo durante el cual el trabajador ha sido contratado para ser puesto a disposición en la empresa usuaria.

El trabajador contratado por una E.T.T. ha de recibir la formación sin que dicha empresa pueda obligarle a pagar ninguna cantidad en concepto de gastos de formación, por prohibirlo expresamente el art. 12 L.E.T.T.. Ello implica no sólo que el trabajador no venga obligado a pagar los gastos de formación, sino también que no puede ver minorado su salario durante el tiempo que dedique a las actividades formativas, de manera que el trabajador deberá percibir, durante el tiempo dedicado a la formación, una cantidad igual a su salario -lo que incluye los complementos salariales-, así como las cotizaciones devengadas a la Seguridad Social durante el tiempo correspondiente, por establecerlo así el art. 11.5 del II Acuerdo para la Formación Profesional Continua en el sector de E.T.T..

XI. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

1. Los trabajadores puestos a disposición como colectivo sometido a riesgos específicos.

Los trabajadores temporales constituyen el colectivo de trabajadores en los que se ha detectado un mayor índice de siniestralidad laboral, según ponen de manifiesto diversos estudios, de entre los que destaca el *Informe Papandreu* de 11 de junio de 1990⁸⁹⁵. El riesgo al que están expuestos los trabajadores puestos a disposición se ve incrementado por el hecho de las empresas usuarias solicitan trabajadores para cubrir necesidades urgentes de mano de obra, lo cual obliga a los trabajadores a incorporarse de forma inmediata⁸⁹⁶. Esta inmediatez en la respuesta característica de los servicios prestados por las E.T.T. dificulta de forma notable una formación adecuada de los trabajadores temporales para poder evitar los riesgos específicos a los que están expuestos en la empresa usuaria. De este modo, la misma temporalidad que constituye el requisito indispensable para poder recurrir a E.T.T. (art. 1 L.E.T.T.), impide una adecuada formación del trabajador en el puesto de trabajo asignado en la empresa usuaria, como ya se ha visto en el apartado relativo a la formación.

⁸⁹⁵ Según este informe de la Comisión, de 11 de junio de 1990, Relaciones Laborales, nº 18, 1990, págs. 82 y ss “en Francia, ciertos estudios demostraron que en 1986 el índice de frecuencia de los accidentes laborales de los trabajadores interinos era de un 12.1% frente a un 5.2 % del resto de los trabajadores. En Bélgica el índice de frecuencia de los accidentes de trabajo fue de un 44% para todos los trabajadores frente a un 112% para los trabajadores de E.T.T.. En la República Federal Alemana la frecuencia de accidentes fue de 1.5 a 4 veces más elevada para los trabajadores de empresas de trabajo temporal que para el resto”.

⁸⁹⁶ En este sentido, señalan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales”, op. cit., pág. 182 que “o bien se contrata a estos trabajadores para los trabajos con más carga o más riesgo; o bien el tipo de integración de los mismos en la empresa (marginal, de corta duración, en tareas secundarias o inestables) tiene como consecuencia que accedan con más dificultades a los medios para combatir la inseguridad en el trabajo”. Vid., asimismo, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Los trabajadores temporales y los de empresas de trabajo temporal como grupos específicos de riesgo en la Ley de prevención de riesgos laborales”, Diario La Ley, nº 4516, 1998; RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y PÉREZ BORREGO, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), “La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 441.

Por otra parte, también en materia de prevención de riesgos laborales en las E.T.T., surgen algunos problemas interpretativos derivados del hecho de la existencia de la relación triangular entre la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador puesto a disposición, pues la persona que contrata al trabajador -la E.T.T.- no es la misma que la que recibe la prestación de servicios de éste -la empresa usuaria-. Ello implica que sea necesaria la clara delimitación de las obligaciones de las dos empresas que entran a formar parte de la relación laboral, con vistas a la atribución de las obligaciones y responsabilidades que corresponden a cada una de ellas. Ahora bien, el hecho de que el poder de dirección esté en manos de la empresa usuaria es un dato fundamental a la hora de asignar a éste la mayor parte de obligaciones y responsabilidades con respecto a la salud laboral de los trabajadores cedidos⁸⁹⁷.

Con carácter general, el art. 14.1 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, establece el “deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”. Este deber se ha de poner en relación con el apartado 2º del mismo precepto, el cual dispone que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. Ello nos lleva a afirmar que la Ley 31/1995 atribuye al empresario la cualidad de garante de la seguridad y salud de los trabajadores, de forma que éste no sólo queda obligado a que los trabajadores no sufran lesiones como consecuencia del desempeño del trabajo, sino también exige al empresario la garantía de que tal resultado lesivo no va a producirse⁸⁹⁸. Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, la estructura triangular de la relación que se establece entre la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador provoca que las obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud de los trabajadores cedidos se

⁸⁹⁷ Para MOLINA NAVARRETE, C., “La reapropiación social de la tutela de la salud laboral: hacia un nuevo modelo normativo de prevención de riesgos profesionales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 176, 1997, pág. 77, el nuevo enfoque del modelo de prevención de riesgos laborales está destinado a incidir profundamente en todas las fases de actividad de la empresa” de modo que “la amplitud de los principios informadores y pautas generales de la acción preventiva suponen una profunda modalización de la conceptualización y configuración normativa de los poderes empresariales en su dimensión directiva y organizativa, así como, en general, una reconceptualización del contrato de trabajo”.

⁸⁹⁸ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., “Comentarios a la Ley 31/1995, de

repartan entre ambas empresas. La especialidad reside en que, aunque el empresario formal del trabajador es la E.T.T., la empresa usuaria -que ha incorporado a éste en su ámbito organizativo- es la que tiene atribuidas las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios del trabajador (art. 15 L.E.T.T.). Es por ello que el art. 28 de la Ley 31/1995 y el art. 16 L.E.T.T. establece un reparto de obligaciones y responsabilidades entre la E.T.T. y la usuaria.

La protección del trabajador en materia de seguridad y salud en la Ley 31/1995 ha seguido en gran medida las pautas que ha marcado la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, que completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de E.T.T.⁸⁹⁹. De este modo, la Directiva 91/383/CEE completa, a su vez, lo dispuesto con carácter general por la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo⁹⁰⁰, por lo que la primera de ellas se ha considerado “complementaria”⁹⁰¹ de la segunda, ya que pretende ser una concreción o aplicación de la Directiva Marco en el ámbito concreto de las relaciones de trabajo temporal.

La Directiva 91/383/CEE manifiesta un especial interés por lograr que los trabajadores contratados por E.T.T. disfruten de un nivel de protección equivalente al de los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria (art. 2 de la Directiva 91/383/CEE). Ello se ha reflejado también en la Ley 31/1995, al señalar el art. 28.1 -cumpliendo lo dispuesto en la citada Directiva- que los trabajadores temporales y los contratados por E.T.T. “deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios”. Esta previsión obedece al hecho del mayor riesgo que poseen tanto los

Prevención de Riesgos Laborales”, op. cit., pág. 107.

⁸⁹⁹ D.O.C.E. serie L, nº 206, de 29 de julio de 1991.

⁹⁰⁰ D.O.C.E. serie L, nº 183, de 26 de junio de 1989.

⁹⁰¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo

trabajadores temporales como aquellos puestos a disposición por E.T.T. de sufrir las consecuencias de una mayor inexperiencia derivada de la corta duración de las misiones a las que son destinados. A este respecto, comparto la interpretación según la cual la exigencia de igualdad de trato constituye una exigencia mínima que puede ser mejorada estableciendo una diferencia de trato en favor de los trabajadores temporales o de las E.T.T., máxime teniendo en cuenta que el art. 5 de la Directiva 91/383/CEE prevé la posibilidad de prohibir el recurso a este tipo de trabajadores para la realización de trabajos especialmente peligrosos, prohibición también contemplada en el art. 8 b) L.E.T.T., cuando se trate de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o salud se determinen reglamentariamente, desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido.

2. Las obligaciones de la empresa de trabajo temporal y la usuaria en relación a la prevención de riesgos del trabajador puesto a disposición.

La distribución de obligaciones y responsabilidades entre la E.T.T. y la usuaria - que son atribuidas tanto por la Ley 31/1995 como por la L.E.T.T.- obliga a un tratamiento por separado según cuál sea el sujeto empresarial al que se le atribuyan dichas obligaciones y responsabilidades.

2.1. Las obligaciones de la empresa de trabajo temporal.

2.1.1. La obligación de formación.

El art. 28.2 de la Ley 31/1995 establece la obligación de que los trabajadores puestos a disposición reciban una “formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos”. Esta obligación es atribuida a la E.T.T. por el apartado 5 párrafo 2º del precepto citado, dando así cumplimiento al art. 4 de la Directiva 91/383/CEE, si bien la normativa comunitaria dejaba a la opción

temporal”, Relaciones Laborales, 1992, Tomo II, pág. 343.

de los Estados miembros la elección de la empresa que debe ocuparse de la formación del trabajador⁹⁰². Dicha atribución a la E.T.T. también se contiene en el art. 12.2 párrafo 2º L.E.T.T. -dentro del listado de obligaciones de la E.T.T.-, si bien la Ley 31/1995 la ha reiterado para despejar posibles dudas interpretativas que pudieran haber surgido de la omisión de este deber en la Ley 31/1995. Este deber de formación adecuada a las características del puesto de trabajo es, en mi opinión, coherente a la obligación genérica que en relación a la formación del trabajador puesto a disposición recoge el art. 12.2 L.E.T.T.. Así pues, partiendo de que la L.E.T.T. ha optado por asignar al empresario contractual del trabajador cedido la obligación genérica de proporcionar la formación de los trabajadores y la cuantía dineraria que dicha empresa debe dedicar obligatoriamente a dicha formación, parece lógico -si tenemos en cuenta lo anterior- que sea también la E.T.T. la obligada a formar a los trabajadores en relación a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta los riesgos a los que van a estar expuestos. Ahora bien, esta obligación, a pesar de que puede resultar coherente si se parte de la base de que es la E.T.T. el empresario contractual del trabajador cedido, presenta problemas interpretativos en relación al momento y la forma en que se debe llevar a cabo.

Con respecto al momento en el que debe proporcionarse la formación, ésta debe impartirse durante el tiempo de trabajo, por imperativo del art. 19 del ET y por el art. 19 de la Ley 31/1995, que establecen que el trabajador está obligado a seguir las enseñanzas y realizar las prácticas dentro de la jornada de trabajo o en otras horas con el correspondiente descuento del tiempo invertido en ellas. Ahora bien, surgen dudas con respecto al momento concreto dentro de la duración de la puesta a disposición, esto es, si la formación debe impartirse antes de producirse la cesión del trabajador o después. Aunque el art. 28 de la Ley 31/1995 no establece nada al respecto, parece que en este punto debemos acudir de nuevo al art. 19 de la citada Ley, el cual dispone que el empresario deberá garantizar la formación teórica y práctica suficiente y adecuada en

⁹⁰² Según el art. 4 de la Directiva 91/383/CEE, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en los casos contemplados en el art. 3, el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada

materia preventiva “tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo”. Por tanto, el art. 19 de la Ley 31/1995 implica que la formación se proporcione no sólo en el momento en el que se produce la contratación sino cuando se produzcan determinados cambios que puedan tener repercusión en la prestación laboral del trabajador⁹⁰³. Por otra parte, y en relación a si los trabajadores puestos a disposición quedan incluidos dentro del ámbito de protección de este artículo, el tenor literal se refiere a “cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta” (contratación), y va dirigido concretamente a los trabajadores con contratos de duración determinada. Ahora bien, parece que la redacción del precepto es lo suficientemente genérica -cualquier modalidad o duración- como para abarcar también a los trabajadores que son puestos a disposición por E.T.T.; asimismo, una interpretación finalista en relación con el art. 28 de la misma Ley nos llevaría a la misma conclusión, ya que lo que se pretende es velar por las condiciones de seguridad de todas aquellas contrataciones de duración determinada -y, consiguientemente, expuestas a mayores riesgos-, independientemente de si dichas contrataciones son efectuadas por E.T.T. o directamente por las empresas en cuyo ámbito organizativo queda integrado el trabajador.

Así pues, la formación deberá impartirse tanto en el momento en que se produce la contratación como a lo largo de la puesta a disposición del trabajador en la empresa usuaria. Con respecto al primer momento, la formación inicial se impartiría entre la celebración del contrato con el trabajador y la efectiva puesta a disposición de éste si el trabajador ha sido contratado por tiempo determinado para la duración del contrato de puesta a disposición - pues si el trabajador ha sido contratado por la E.T.T. por tiempo

a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia”.

⁹⁰³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español”, Relaciones Laborales, 1991, T. I, pág. 1248, señala que no es necesario que el cambio tecnológico pueda ocasionar peligros graves para que el empresario deba proporcionar a cada trabajador afectado la formación necesaria. En contra, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, Actualidad Laboral, 1994, nº 34, pág. 536, según el cual es necesario que la aplicación de nuevas técnicas pueda ocasionar riesgos graves para el trabajador o sus compañeros.

indefinido lo más lógico, a mi entender, es que la formación se imparta en los períodos entre misión y misión-. En este punto, surge el inconveniente de que el trabajador es contratado por la E.T.T. para la cobertura urgente de un puesto de trabajo, por lo que resulta bastante difícil en la práctica que la E.T.T. proporcione una formación adecuada en el breve lapso de tiempo que probablemente va a transcurrir entre la contratación del trabajador y su efectiva puesta a disposición. De todas formas, entiendo que esta dificultad no puede eximir a la E.T.T. del deber de proporcionar la formación necesaria con el fin de preparar al trabajador ante los riesgos que va a ser expuestos, por imperativo del art. 12.2 párr. 2º L.E.T.T. y del 28.2 párr. 2º de la Ley 31/1995⁹⁰⁴. Hay que tener en cuenta que este deber de formación ya venía recogido en el art. 4 de la Directiva 91/383, en el que figuraba el mandato a los estados miembros para que éstos adoptasen las medidas necesarias al objeto de que el trabajador recibiera una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional.

Ahora bien, se ha señalado que no parece que exista ningún inconveniente en que la empresa usuaria imparta dicha formación, pactando su asunción voluntaria en el contrato de puesta a disposición y sin que ello suponga exonerar a la E.T.T. de sus obligaciones formativas -concretamente la de acarrear con los gastos que ocasione la formación del trabajador-. Esta solución se justifica en el hecho de que el art. 19 de la Ley 31/1995 permite que la formación pueda impartirse por la empresa mediante medios propios o concertándola con servicios ajenos⁹⁰⁵. En mi opinión, esta opción interpretativa puede suponer una ventaja en orden a delimitar la responsabilidad en materia de seguridad y salud del trabajador cedido, ya que unifica en una única empresa -la empresa usuaria- la responsabilidad que trae su causa en los supuestos de

⁹⁰⁴ En contra, vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, op. cit., pág. 530, según el cual “el cumplimiento de la obligación resulta materialmente imposible, de modo que la obligación se concretará, en línea con la Directiva 91/383 y la 89/391, aplicable con la anterior, en otra exigencia, a saber: que la ETT compruebe que el trabajador puesto a disposición tenga la formación adecuada para el puesto de trabajo a cubrir. No obstante, el incumplimiento de la obligación no acarrea consecuencias para la ETT”.

⁹⁰⁵ Vid. PÉREZ GUERRERO, M^a. L. , “La prevención de riesgos laborales en las empresas de trabajo temporal”, Aranzadi Social, nº 6, 1996, pág. 52.

incumplimiento de dichas medidas y aquella responsabilidad que surja de la inadecuada formación impartida al trabajador cedido. Si es la empresa usuaria la que asume dicha formación, se puede evitar el problema de dilucidar si la responsable es la E.T.T. por no haber proporcionado una formación suficiente y adecuada.

Con respecto al alcance que ha de tener la formación, tanto el art. 12.2 párrafo 2º L.E.T.T. como el art. 28.2 de la Ley 31/1995 exigen a la E.T.T. que garantice una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, prestando especial atención a los riesgos a los que vayan a estar expuestos⁹⁰⁶. Las exigencias que establece el citado precepto derivarían del principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador, del art. 15.1.d) de la Ley 31/1995⁹⁰⁷. Esta formación precisa para llevar a cabo la prestación de la actividad implica que previamente la empresa usuaria haya suministrado la información suficiente a la E.T.T., lo cual es lógico si tenemos en cuenta que es la empresa usuaria la que conoce las condiciones de trabajo donde se va a desarrollar la prestación laboral y que también es la empresa usuaria la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores puestos a disposición -art. 28.5 de la Ley 31/1995-. La necesaria colaboración de la empresa usuaria en este campo ya había sido señalada por la doctrina⁹⁰⁸, pero ha sido con la promulgación de la Ley 31/1995 que este deber ha quedado plasmado legalmente -art. 28.5 párrafo 2º de la Ley 31/1995-. Ahora bien, teniendo en cuenta que es la E.T.T. la responsable de

⁹⁰⁶ Según FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Formación en materia de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), “La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 301, es necesaria una “continuidad e intensidad del esfuerzo formativo, que puede caracterizarse en una exigencia de razonable personalización de la formación que ha de recibirse”.

⁹⁰⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Deberes del empresario respecto a Seguridad y Salud”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), “La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 114, destaca la necesidad de que la organización del trabajo se adecue a los trabajadores, y no a la inversa.

⁹⁰⁸ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en “La Reforma Laboral de 1994”, AA.VV. (Coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R.), Madrid, 1994, pág. 95, que ha señalado que “la empresa usuaria está obligada a comunicar a la empresa de trabajo temporal la cualificación laboral exigida al trabajador y las características propias del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar (art. 7.1 de la Directiva 91/383), al objeto precisamente de que la empresa de trabajo temporal pueda cumplir con rigor su deber de formación del trabajador en materia de seguridad”.

proporcionar la formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, puede suscitarse algún problema en orden a determinar la responsabilidad en los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tengan como causa la falta de una adecuada formación por parte de dicha empresa.

Podría darse la circunstancia que, a pesar de que la empresa usuaria haya colaborado con la E.T.T. informando a ésta de las características de los puestos de trabajo y las cualificaciones requeridas, se produzca algún accidente de trabajo o enfermedad profesional por una inadecuada o imprecisa formación al trabajador. Sin embargo, como se analizará posteriormente, la responsable de las condiciones de ejecución en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores es la empresa usuaria -art. 28.5 de la Ley 31/1995-, además del recargo de prestaciones en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional. De esta forma, la empresa usuaria sería la responsable legal incluso en aquellos supuestos en los que el accidente de trabajo o enfermedad profesional hubiese tenido lugar como consecuencia de una inadecuada formación de la E.T.T.. Otra cosa distinta es que ambas empresas regulen internamente sus respectivas responsabilidades en el contrato de puesta a disposición, en orden a determinar los criterios por los que se han de regir para atribuir a una u otra dicha responsabilidad -según provenga del incumplimiento de las medidas por la empresa usuaria o por un inadecuado deber de formación de la E.T.T.-, pero entiendo que -según el art. 28.5 de la Ley 31/1995- la empresa usuaria es, en todo caso, la que debe de hacer frente a la responsabilidad ante el trabajador puesto a disposición.

2.1.2. La obligación de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores.

El art. 28.3 de la Ley 31/1995 establece el derecho de los trabajadores a una vigilancia periódica de su estado de salud, en los términos establecidos en el art. 22 de

la misma Ley, siendo la responsable de dicha vigilancia la E.T.T. -art. 28.5 Ley 31/1995-. A su vez, el art. 22 de la Ley 31/1995 dispone que la práctica de los reconocimientos sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario se excepcionan aquellos supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para el resto de trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando así lo establezca una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Esta última excepción cobra especial importancia si tenemos en cuenta que todavía no se ha producido un desarrollo reglamentario en relación a las actividades que quedan excluidas de la realización de contratos de puesta a disposición (art. 8 b L.E.T.T.), por lo que dicho control médico podría suponer -si la actividad es especialmente peligrosa- el elemento determinante para evitar que ese trabajador sea puesto a disposición. En mi opinión, la Directiva 91/383/CEE es en buena parte la responsable de que no se haya producido dicho desarrollo reglamentario, al considerar suficiente un control médico especial cuando los Estados miembros no ejerciten la facultad de prohibir que se recurra a las E.T.T. en actividades especialmente peligrosas para la seguridad o la salud (art. 5)⁹⁰⁹.

De nuevo se plantea la duda sobre si no hubiese sido mejor que la empresa usuaria -que es donde el trabajador desempeña efectivamente la prestación de servicios- se hubiese ocupado de dicho deber⁹¹⁰, especialmente si se tiene en cuenta que el art. 22

⁹⁰⁹ Según el art. 5.2 “cuando los Estados miembros no hagan uso de la facultad contemplada en el apartado 1 -prohibir que se recurra a trabajadores temporales o puestos a disposición para realizar determinados trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud- adoptarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 14 de la Directiva 89/391/CEE, las medidas necesarias para que los trabajadores que tengan una relación laboral de las contempladas en el art. 1 y los que desempeñen trabajos que deban ser objeto de un control médico especial, establecido por la legislación nacional, se beneficien de un control médico especial adecuado”.

⁹¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “Tratamiento de la Seguridad e Higiene en la nueva regulación de las empresas de trabajo temporal”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 75, 1996, pág. 144, según la cual la atribución de esta obligación a la E.T.T. es “censurable desde el punto de vista lógico y, en este caso, también jurídico”, ya que “los controles voluntarios deberían corresponder a la empresa cliente por ser en ella en la que se lleva a cabo la prestación efectiva de los servicios, sin perjuicio de que

de la Ley 31/1995 establece esta obligación “en función de los riesgos inherentes al trabajo”, mención que garantiza el alcance de la obligación empresarial e impone el límite de la confidencialidad de los datos personales que nada tengan que ver con los riesgos del trabajo. En consecuencia, vuelve a tener relevancia aquí la necesaria colaboración de la empresa usuaria en relación también a una efectiva información de los riesgos inherentes al trabajo. Por ello, el art. 28.5 párrafo 2º impone a la empresa usuaria el deber de informar a la E.T.T. también en relación a la vigilancia de la salud. Esta información también se impone y resulta necesaria en relación a un supuesto en que para el trabajador resulta obligatorio someterse al reconocimiento médico, esto es, cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud puede constituir un peligro para él, para el resto de trabajadores o para terceros relacionados con la empresa. La E.T.T. podría conocer si el estado de salud del trabajador puede entrañar algún peligro para el propio trabajador, los otros trabajadores o terceros -segundo supuesto de excepción de la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos-, pero difícilmente dicha empresa puede conocer y evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores si sobre esta información no colabora la empresa usuaria. El hecho de que la empresa usuaria sea responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud -art. 28.5- implica, en consecuencia, que tanto en el supuesto de que la E.T.T. no haya realizado la vigilancia en el estado de salud del trabajador por causas imputables a ella como por la falta de información de la empresa usuaria, será en cualquier caso esta última la que acarreará con la responsabilidad.

2.2. Las obligaciones de la empresa usuaria.

2.2.1. La obligación de informar a la empresa de trabajo temporal.

previa cesión, los trabajadores pudieran ser reconocidos en la empresa de trabajo temporal de cara a garantizar su óptimo estado de salud frente a la actividad que tienen que acometer”.

Como ya se ha visto en el apartado anterior, la empresa usuaria tiene la obligación de informar a la E.T.T. sobre las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas para que esta última pueda llevar a cabo la adecuada formación del trabajador (art. 28.5 2º párrafo). En un principio, este deber no figuraba entre las obligaciones que el art. 16 L.E.T.T. asignaba a la empresa usuaria, por lo que era bastante difícil que la E.T.T. pudiese llevar a cabo correctamente sus obligaciones de formación y vigilancia de la salud sin haberse previsto la colaboración de la empresa usuaria, que es la que conoce y controla las condiciones de trabajo del trabajador cedido. El medio a través del cual se va a proporcionar la información a la E.T.T. es el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la usuaria, ya que en el contenido mínimo de este contrato se contemplan estas menciones. Así, en la letra d) del art. 14 R.E.T.T. se establece que en el contrato de puesta a disposición debe especificarse “el contenido de la prestación laboral y la cualificación requerida”. A pesar de que no se hace referencia a las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar, parece que dicha información podría incluirse dentro del contenido de la prestación laboral al que se refiere el mencionado precepto. Asimismo, hay que entender que la empresa usuaria también está obligada a proporcionar la información sobre los riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir, tal y como se deduce del art. 28.2 2º párrafo cuando se especifican los datos que ha de tener en cuenta la E.T.T. para llevar a cabo la adecuada formación del trabajador cedido -mención que también se contiene entre el contenido mínimo que ha de figurar en el contrato de puesta a disposición, según el art. 16 e) R.E.T.T.-.

2.2.2. La obligación de información a los trabajadores puestos a disposición.

La empresa usuaria es, según el art. 28.5 párrafo 1º, la responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de información que, con respecto a los trabajadores cedidos, se enumeran en el apartado 2º del art. 28 de la Ley 31/1995. Este

deber de información es lógico si se tiene en cuenta que es en la empresa usuaria donde el trabajador desempeña su prestación de servicios y que es dicha empresa la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en relación con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 28.5 párrafo 1º)⁹¹¹. Según el art. 28.2 párrafo 1º corresponde a la empresa usuaria informar a los trabajadores, con carácter previo al inicio de su actividad, sobre los riesgos a los que vayan a estar expuestos y, en particular, sobre la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales y los riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos. En relación a la obligación de informar sobre la exigencia de controles médicos especiales previamente al inicio de la actividad, dicha información adquiere una relevancia especial en aquellos casos de actividades especialmente peligrosas, puesto que, a falta de desarrollo reglamentario al respecto -tal y como establecía el art. 8 b) L.E.T.T.-, éste es el único control que existe en la actualidad para evitar la asignación del trabajador cedido a determinados puestos de trabajo cuando se trate de actividades especialmente peligrosas o de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir.

El art. 3 de la Directiva 91/383/CEE contenía el mandato a los Estados miembros para que adoptasen las medidas necesarias para que el trabajador puesto a disposición fuese informado, previamente al inicio de su actividad, de los riesgos a los que vaya a estar expuesto, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales, controles médicos especiales y los riesgos elevados específicos vinculados al puesto de trabajo a cubrir. En este sentido, puede afirmarse que la Ley 31/1995 se ajusta a lo previsto en la normativa comunitaria. Ahora bien, el deber de información de la Directiva 91/383/CEE con respecto al trabajador cedido no se agota aquí, sino que también se establece el deber de información de la empresa usuaria a la E.T.T. para que ésta, a su vez, informe al trabajador especialmente

⁹¹¹ BLAISE, H., “A la frontière du licite et de l’illicite: la fourniture de main-d’oeuvre”, *Droit Social*, nº 5, 1990, pág. 420, señala, en relación al ordenamiento francés, que la empresa usuaria estaría facultada para impartir directamente las instrucciones precisas concernientes a los problemas específicos de seguridad que puedan darse en la misma.

sobre “la cualificación laboral exigida y las características propias del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar” (art. 7 de la Directiva). Es por ello que el art. 28.5 2º párrafo de la Ley 31/1995 obliga a la empresa usuaria a informar a la E.T.T. y ésta a los trabajadores cedidos, “antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas”. Este deber de información de la E.T.T. contrasta con la asignación de las respectivas obligaciones que establece el art. 28.5 párrafos 1º y 2º, que señala el deber de formación y vigilancia de la salud a la E.T.T. y el deber de información a la empresa usuaria.

En mi opinión, esta distribución de obligaciones entre la E.T.T. y la empresa usuaria no exime a la primera del deber de información que con carácter previo a la adscripción del trabajador debe de realizar la E.T.T. acerca de las características propias de los puestos de trabajo y las cualificaciones requeridas, de modo que a la E.T.T. corresponde un primer deber de información genérico y a la empresa usuaria un deber de información específico que se llevará a cabo posteriormente y cuyo fundamento estribaría en el conocimiento directo que la empresa usuaria tiene de los riesgos específicos a los que va a quedar sometido el trabajador cedido.⁹¹² Con respecto al medio a través del cual la E.T.T. debe informar al trabajador cedido acerca de las materias expuestas, el art. 15 R.E.T.T. establece que el contrato de trabajo deberá contener, entre otros datos, el contenido de la prestación laboral -apartado d)- y los riesgos profesionales del puesto de trabajo -apartado e)-, por lo que el desarrollo reglamentario habría proporcionado contenido al deber de información de la E.T.T. previsto en la Ley 31/1995.

⁹¹² Vid. PÉREZ GUERRERO, M^a L., “La prevención de riesgos laborales en las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 12, cuando señala que “de este modo, parece mucho más razonable obligar a la empresa de trabajo temporal a informar a los trabajadores con carácter general de los riesgos a que puedan verse expuestos, de acuerdo con la información que previamente le viene suministrada por la empresa usuaria, y reservar el específico deber de información sobre los riesgos propios del puesto de trabajo a la empresa usuaria”. En este sentido se pronuncia también, al interpretar los arts 3 y 7 de la Directiva 91/383/CEE, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal”, op. cit, págs. 350 y ss.

2.2.3. La obligación de informar a los servicios de prevención y a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria.

El art. 28.4 de la Ley 31/1995 establece la obligación de la empresa usuaria de informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o al servicio de prevención de la incorporación de los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T.. La L.E.T.T. no contenía ninguna previsión en esta materia, por lo que en este punto no se había dado cumplimiento a la obligación establecida en el art. 6 de la Directiva 91/383/CEE⁹¹³. Este deber de informar a los servicios de prevención tiene como finalidad que éstos conozcan la incorporación en la empresa usuaria de los trabajadores cedidos, y ello para poder desarrollar una adecuada función de control y prevención de este colectivo sometido a especiales riesgos. Es este un mecanismo que puede colaborar a dispensar un trato igual al que se le proporciona a los demás trabajadores de la empresa, tal y como exige el art. 28.1 de la Ley 31/1995, según el cual “los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por E.T.T., deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa que prestan sus servicios”.

La empresa usuaria también tiene la obligación de informar a los representantes de los trabajadores de la misma de la adscripción de los trabajadores cedidos por E.T.T. (art. 28.5 párrafo 3º de la Ley 31/1995). Este deber se ha de poner en relación con el correlativo derecho que se reconoce al trabajador cedido de poder dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Ley 31/1995 (derecho reconocido en el inciso final del citado precepto), puesto que tal derecho va a constituir el medio a través del cual los trabajadores van a poder en práctica efectivamente sus

⁹¹³ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las empresas de trabajo temporal”, op. cit., pág. 145, incluía este deber dentro del deber genérico de protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo al que ha de responder la empresa usuaria, “y ello como parte de esa protección integral que el empresario debe ofrecer a sus trabajadores sean éstos propios o en misión”.

derechos en materia de salud laboral⁹¹⁴. El precepto que ahora se analiza ha de ponerse en relación con el art. 17 L.E.T.T., según el cual “los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral”. Es por ello, el art. 28.5 párrafo 3º una concreción en materia de seguridad y salud de los trabajadores cedidos del derecho más genérico de dichos trabajadores a presentar reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral.

Ahora bien, en este punto se puede plantear el problema sobre la legitimación de los órganos de representación de los trabajadores de la empresa usuaria para promover conflictos colectivos como consecuencia de un incumplimiento por parte de la empresa usuaria de las obligaciones que ostenta en materia de seguridad y salud con respecto a los trabajadores cedidos por una E.T.T.. En mi opinión, el derecho del trabajador a acudir a los órganos de representación de la empresa usuaria en esta materia puede quedar vacío de contenido si no se reconoce la debida legitimación para promover dicho conflicto, por lo que resulta criticable la jurisprudencia que en este punto se ha pronunciado señalando que la capacidad y legitimación asignada a los órganos de representación de los trabajadores de la empresa usuaria no alcanza a interponer conflictos colectivos en representación y en relación exclusivamente a los intereses de los trabajadores de las E.T.T.⁹¹⁵. La interpretación que ha realizado la jurisprudencia en este punto puede suponer una vulneración de la exigencia expresada en el párrafo 1º en relación a que los trabajadores contratados por E.T.T. disfruten del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios, pues la otra posible opción -que sean los órganos de representación de la E.T.T. los que interpongan la demanda de conflicto colectivo- no

⁹¹⁴ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J., “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, op. cit., pág. 185.

⁹¹⁵ Según la Sentencia del TSJ Aragón de 28 de febrero de 1996 (Actualidad Laboral, nº 23, 1996, marginal 933), “de entenderse afirmativo este poder ampliado de intervención, estarían actuando fuera de su ámbito representativo, límite insuperable de su propia actividad, so pena de hacer crepitar, resquebrajarse y derrumbar los fundamentos del Derecho Sindical, extralimitándose en sus facultades de

garantiza a los trabajadores cedidos el mismo nivel de protección que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, ya que son los representantes de la empresa usuaria -empresa donde efectivamente presta sus servicios el trabajador puesto a disposición- los que conocen realmente las condiciones de ejecución de la actividad laboral. A ello hay que añadir la dificultad -tal y como se pone de manifiesto en el capítulo correspondiente- de que los trabajadores de las E.T.T. puedan llegar a constituir sus propios órganos representativos.

3. La responsabilidad de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria en los supuestos de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

A pesar de que la L.E.T.T. otorga la condición de empresario formal del trabajador a la E.T.T., la responsabilidad directa en materia de seguridad e higiene de los trabajadores cedidos es asignada a la empresa usuaria, esto es, la empresa donde el trabajador puesto a disposición desempeña efectivamente su prestación de servicios. Esta atribución de la responsabilidad es consecuencia de la aplicación de los mandatos de la Directiva 91/383/CEE. Según el art. 16.2 L.E.T.T., es la empresa usuaria la responsable en el recargo de prestaciones de Seguridad Social “que tenga su causa de falta de medidas de seguridad e higiene”. La L.E.T.T. establece un límite temporal y otro espacial, puesto que configura la responsabilidad exclusivamente durante el período de cesión en que el trabajador se encuentra prestando sus servicios en la empresa usuaria y únicamente en el centro de trabajo de la empresa usuaria. La Directiva de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo -primera directiva específica derivada de la Directiva Marco 89/391/CCE- utiliza el término “lugar de trabajo” y no “centro de trabajo”, por lo que suscribo la opinión doctrinal⁹¹⁶ partidaria de que el centro de trabajo

actuación”.

⁹¹⁶ Interpretación sostenida por FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el Trabajo (el art. 40 de la

al que se refiere la Ley 31/1995 no ha de ser entendido en los términos del art. 2.1 ET (“unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”), debiéndose entender la expresión tal y como define la mencionada Directiva al lugar de trabajo, esto es, “los lugares destinados a albergar puestos de trabajo, situados en los edificios de la empresa y/o establecimiento incluido en cualquier otro lugar dentro del área de la empresa y/o establecimiento, al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo”.

La duda que se plantea es si, además de la responsabilidad directa de la empresa usuaria, la E.T.T. también está obligada a responder en los supuestos de incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos, especialmente cuando dichos incumplimientos se materialicen en un accidente laboral que daría lugar al recargo de prestaciones de la Seguridad Social. El art. 8 de la Directiva 91/383/CEE establece que los Estados Miembros deberán adoptar las medidas oportunas para que “sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la E.T.T., la empresa y/o el establecimiento usuarios sean responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dura la adscripción”⁹¹⁷. Vemos, pues, que la Directiva obliga a establecer un régimen de responsabilidad directa con respecto a la empresa usuaria -lo cual ha sido cumplido plenamente por la normativa española-, pero al mismo tiempo parece que da por supuesto que los Estados Miembros van a establecer la responsabilidad de la E.T.T., ya que así le corresponde lógicamente al ser el empresario del trabajador puesto a disposición (este parece ser el significado que ha de darse a la expresión “sin perjuicio de la responsabilidad de la empresa de trabajo temporal”)⁹¹⁸.

Ley 8/1988”, Actualidad Laboral, nº 1, 1992, pág. 9 y 10, a propósito de la responsabilidad en los supuestos de contratas y subcontratas. Interpretación que considero aplicable a los supuestos de E.T.T..

⁹¹⁷ Esta redacción tiene su origen en la Propuesta de Directiva de 16 de agosto de 1990, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores temporales, COM 228 final, de 16 de agosto. El art. 4 de la Propuesta establecía que “los Estados Miembros se cerciorarán de que, sin perjuicio de la responsabilidad del empresario de trabajo interino -la empresa de trabajo temporal-, la empresa y/o el establecimiento usuarios sean, durante el tiempo que dure la misión, responsables de las condiciones de ejecución del trabajo que sean aplicables”.

⁹¹⁸ Señala RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J., “La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales”, Actualidad Laboral, nº 12, 1992, pág. 199, que “esto supone que se produce un traslado de la condición de deudor de seguridad del empresario a quien realmente se beneficia de los servicios del trabajador: la empresa cesionaria”.

La normativa española no establece expresamente la responsabilidad de la E.T.T., lo cual es criticable porque la Directiva no pretendía dejar de lado la responsabilidad de esta última, sino cerciorarse de que la empresa usuaria respondiese en los casos de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, preocupación lógica si se tiene en cuenta que -a pesar de que el trabajador desempeña sus servicios en la empresa usuaria- ésta no es el empresario formal del trabajador cedido.

Ante la omisión de la mención de la responsabilidad de la E.T.T. por omisión de las medidas de seguridad e higiene, podríamos pensar que el art.16.2 L.E.T.T. y el art. 42.2 párrafo 2º de la Ley 31/1995 se habrían decantado por la exclusiva responsabilidad de la empresa usuaria en esta materia. No faltarían argumentos para poder justificar esta interpretación. En primer lugar, el tenor literal del art. 16.2 de la Ley 1471994, el cual establece que “la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social (...)”. La mención exclusiva a la empresa usuaria en este sentido se complementaría con el art. 28.5 de la Ley 31/1995, en el cual se insiste en que la empresa usuaria es “responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores”, reiterándose de nuevo la responsabilidad de la empresa usuaria sin realizar mención alguna a la E.T.T.. Sobre dicha empresa recae además la obligación de información sobre los riesgos a que el trabajador va a estar expuesto -art. 16.1 L.E.T.T. y 28.5 de la Ley 31/1995-. Por otra parte, esta interpretación de la responsabilidad exclusiva de la empresa usuaria podría encontrar apoyo en la Memoria Explicativa del Proyecto de Ley, según el cual “se trata, en definitiva, de plasmar en este Proyecto lo que ya viene siendo norma común en la imputación de responsabilidad derivada de falta de medidas de seguridad e higiene, a quien es directamente responsable de dichas medidas, que no es otra sino la empresa en la que se presten los servicios en el momento en que acaece el evento”.

Sin embargo, la interpretación anterior no parece que sea la más adecuada si se tienen en cuenta una serie de factores. En primer lugar, la E.T.T. también tiene una serie de obligaciones en materia de prevención de riesgos cuyo incumplimiento debe llevarnos a la conclusión de que debe llevar aparejada la correspondiente sanción. No puede desconocerse que la E.T.T. debe proporcionar a los trabajadores puestos a disposición la formación suficiente y adecuada a las características del puestos de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a los que vaya a estar expuesto -art. 12.2 párr. 2º L.E.T.T. y art. 28.2 párr. 2º de la Ley 31/1995-. Tampoco hay que pasar por alto que la E.T.T. es la responsable de garantizar que los trabajadores puestos a disposición reciban, antes de su adscripción en la empresa usuaria, la información acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas -art. 28.5 párrafo 2º de la Ley 31/1995-.

Por otra parte, la responsabilidad solidaria de ambas empresas sería más coherente con la existencia de este mismo tipo de responsabilidad en los casos de subcontratas de obras y servicios⁹¹⁹. La Ley 31/1995 se ha pronunciado a favor de la responsabilidad solidaria de ambas empresas. Así, el art. 42.2 de la citada norma establece que “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art. 24 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”. No se entiende la razón de que la Ley 31/1995 garantice la responsabilidad solidaria en los supuestos de contratas y subcontratas y, sin embargo, no lo haga en las E.T.T., teniendo en cuenta además el dato de que el trabajador puesto a

⁹¹⁹ En favor de la responsabilidad solidaria de ambas empresas, vid. BARBANCHO TOVILLAS, F., y GARCÍA VIÑA, J., “Recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo: últimos criterios jurisprudenciales”, comunicación presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Pamplona, 27 y 28 de mayo, 1994, original mecanografiado, pág. 28.

disposición está expuesto a un alto riesgo de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, ya que la corta duración de las misiones para las cuales va a ser cedido a la empresa usuaria no va a garantizar, en la gran mayoría de los casos, una formación adecuada al puesto de trabajo que va a desempeñar en la empresa usuaria. La Ley 31/1995 se muestra contradictoria cuando, por una parte, exige la igualdad de trato en el art. 28.1 de la Ley 31/1995 (al señalar que “los trabajadores contratados por las E.T.T. deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa que prestan sus servicios”), y, sin embargo, está estableciendo un trato discriminatorio con respecto a los trabajadores contratados por una empresa contratista o subcontratista -empresas que sí que han de responder solidariamente junto con la empresa principal-.

Asimismo, hay que tener en cuenta que anteriormente a la regulación del art. 42.2 de la Ley 31/1995 ya se había perfilando una línea jurisprudencial⁹²⁰, según la cual se admite la responsabilidad solidaria de las empresas que intervienen en las contrata y subcontratas, y a favor de la cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina (Sentencia de 18 de abril de 1992, Ar. 4849), y ello en contraposición a una primera opción jurisprudencial que negaba la responsabilidad solidaria de ambas empresas -principal y contratista⁹²¹ -. Señalan estas sentencias que, aunque es indiscutible que en los casos de contrata y subcontratas de obras o servicios los empleados de la empresa contratista o subcontratistas mantienen su vínculo laboral

⁹²⁰ Línea jurisprudencial de la que son exponentes las siguientes sentencias: Sentencia del TSJ de Castilla León/Burgos de 31 de marzo de 1992 (Ar. 1121), TSJ de Castilla León/Burgos de 12 de noviembre de 1992 (Ar. 5353), TSJ de Andalucía/Granada de 26 de noviembre de 1992 (Ar. 5451), TSJ de Castilla León/Burgos de 22 de abril de 1993 (Ar. 1717), TSJ de Aragón de 21 de julio de 1993 (Ar. 3280), TSJ Cataluña de 4 de junio de 1994 (Ar. 2542), TSJ Castilla La Mancha de 10 de junio de 1994 (Ar. 2763), TSJ Madrid de 22 de julio de 1994 (Ar. 3185), TSJ de Extremadura de 26 de octubre de 1994 (Ar. 3817), TSJ del País Vasco de 14 de febrero de 1995 (Ar. 519), TSJ de Castilla León/Valladolid de 28 de febrero de 1995 (Ar. 642), TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 1995 (Ar. 2129), TSJ del País Vasco de 4 de julio de 1995 (Ar. 3134), TSJ de Andalucía/Granada de 19 de septiembre de 1995 (Ar. 3370), TSJ Asturias de 29 de septiembre de 1995 (Ar. 3218), TSJ Extremadura de 2 de octubre de 1995 (Ar. 4052).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la responsabilidad solidaria de ambas empresas en la Sentencia 81/1995, de 5 de junio (BOE 8 de julio).

⁹²¹ Vid. las Sentencias del TSJ Andalucía-Málaga de 10 de abril de 1992 (Ar. 2210), TSJ País Vasco 21 de junio de 1993 (Ar. 2870), TSJ Madrid de 5 de octubre de 1993 (Ar. 4637), TSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1993 (Ar. 787), TSJ Cataluña de 10 de marzo de 1994 (Ar. 1256); TSJ de Madrid de 6 de abril de 1994 (Ar. 1568), TSJ Andalucía-Sevilla de 16 de mayo 1994 (Ar. 2227), TSJ Andalucía-Málaga de 25

exclusivamente con dichas empresas, no hay que olvidar que estos trabajadores desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal, y en los lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de esta última. Así, es perfectamente posible que una actuación negligente de la empresa principal cause daños al trabajador de la empresa contratista o subcontratista, e incluso que esta actuación sea causa de accidente de trabajo. En estos casos, la determinación de lo que ha de entenderse por “empresario infractor” se complica, surgiendo el interrogante de si alcanza al empresario directo del trabajador -empresa contratista o subcontratista-, o únicamente al empresario principal, o a ambos a la vez. Ahora bien, “lo que no parece correcto es excluir, por sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal, pues esta simplista solución en primer lugar prescinde de la realidad en la que siempre es posible que la causa del siniestro se encuentre en la conducta negligente o culposa de ese empresario principal, y la sustituye por unas reglas objetivas y rígidas, y en segundo lugar no se compagina con las distintas normas legales en que se declara y proclama la responsabilidad de éste”⁹²². Así, no sólo el contratista, que mantiene el vínculo laboral, debe garantizar la seguridad de sus trabajadores observando las medidas reglamentarias exigibles en cada supuesto, sino que el empresario principal debe cooperar en ese deber cuando se desarrolle la actividad en su centro de trabajo, por lo que su responsabilidad en el recargo vendrá determinada por su conducta negligente o inadecuada, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo⁹²³.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1995, de 5 de junio (BOE, 8 de julio) ha optado por esta interpretación, alegando que no se había efectuado “una extensión *in peius* de la imputación de la responsabilidad a supuestos no subsumibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión “empresario infractor” en la hipótesis en que el trabajador accidentado está involucrado en procesos

de julio 1995 (Ar. 2969), TSJ Castilla-León/Burgos de 20 de diciembre de 1995 (Ar. 4693).

⁹²² Sentencia del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina de 18 de abril de 1992 (Ar. 4849).

⁹²³ Vid. GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios”, *Actualidad Laboral*, nº 40, 1994, pág. 633.

de descentralización productiva, en absoluto extravagante con el régimen jurídico del deber de seguridad e higiene en el trabajo, dado el tenor de los arts 42.2 ET y 153 párrafo 2º de la OGSHT”. Sin embargo, a pesar de los pronunciamientos analizados - tanto del Tribunal Supremo en unificación de doctrina como del Tribunal Constitucional-, nos encontramos con algunas sentencias aisladas de Tribunales Superiores de Justicia que se niegan a reconocer la responsabilidad solidaria de la empresa contratista o subcontratista y la principal⁹²⁴.

Para que la empresa principal responda solidariamente con los contratistas y subcontratistas debe cumplir el requisito de que estemos en presencia de la propia actividad de la empresa principal⁹²⁵ y que además la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal. Pues bien, al igual que en los supuestos de las contratas y subcontratas de obras o servicios, para que la empresa usuaria responda del recargo de prestaciones por la falta de medidas de seguridad e higiene es necesario que el accidente de trabajo tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Este mismo requisito en ambos tipos de actividades - las desarrolladas por las E.T.T. y las de contratas y subcontratas de obras o servicios- podría constituir un argumento a favor de la responsabilidad solidaria de la E.T.T. y la usuaria, en el sentido de que el centro de trabajo determina las obligaciones concurrentes de las dos empresas -la de trabajo temporal y la usuaria-. El elemento fundamental de atribución de la responsabilidad a la empresa usuaria -el hecho de que el

⁹²⁴ Vid. las Sentencias del TSJ País Vasco 21 de junio de 1993 (Ar. 2870), TSJ Madrid de 5 de octubre de 1993 (Ar. 4637), TSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1993 (Ar. 787), TSJ Cataluña de 10 de marzo de 1994 (Ar. 1256); TSJ de Madrid de 6 de abril de 1994 (Ar. 1568), TSJ Andalucía-Sevilla de 16 de mayo 1994 (Ar. 2227), TSJ Andalucía-Málaga de 25 de julio 1995 (Ar. 2969), TSJ Castilla-León/Burgos de 20 de diciembre de 1995 (Ar. 4693).

⁹²⁵ El Tribunal Supremo -en su sentencia en unificación de doctrina de 18 de enero de 1995 (Ar. 415)- no se ha decantado por una posición favorable a una concepción totalmente amplia, puesto que ha señalado que “una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de “propia actividad” nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el art. 42 ET”. Sin embargo, tampoco es partidario de una posición totalmente restrictiva del concepto de propia actividad, de forma que sólo estuviésemos ante esta cuando se produjese una identidad de actividades de la empresa principal y la auxiliar, puesto “si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una *limitación razonable*”. Más bien, podría decirse que el Tribunal Supremo se decanta por una postura intermedia, apuntando que la solución a la problemática apuntada sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto.

trabajador cedido presta sus servicios en su centro de trabajo- no puede servir, en mi opinión, para excluir la responsabilidad que la E.T.T. debe tener como empresario formal que es del trabajador puesto a disposición. Así lo entiende la Directiva 91/383/CEE cuando dispone que los establecimientos usuarios serán responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción del trabajador cedido *sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la E.T.T.*⁹²⁶.

El hecho de que el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/1995, de 5 de junio, se haya pronunciado a favor de la necesidad de atribuir la responsabilidad solidaria a la empresa principal y a la contratista o subcontratista puede llevarnos a la conclusión de que los argumentos que se emplean para asignar dicha responsabilidad también podrían ser aplicables a los supuestos de E.T.T.. Como ya se ha puesto de manifiesto, tanto la sentencia citada como las precedentes que también habían optado por esta opción interpretativa llevaban a cabo una extensión del concepto de empresario infractor, englobando a la empresa principal -empresa donde el trabajador desempeña la prestación de servicios-. Las sentencias mencionadas no ponen en duda el hecho de que la empresa contratista tiene responsabilidad en el recargo de prestaciones por la condición que ostenta de empresaria del trabajador, sino que lo que hacen es extender la responsabilidad también a la empresa principal como receptora de los servicios del trabajador. Y uno de los argumentos que se utilizan para atribuir la responsabilidad solidaria es precisamente la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, estableciendo un paralelismo entre ambas actividades -contratas y E.T.T.-. La Sentencia de 18 de abril de 1992 en unificación de doctrina (Ar. 4849), aun consciente de que las E.T.T. no son en absoluto asimilables a las contratas y subcontratas, resalta el hecho de

⁹²⁶ En opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal”, Relaciones Laborales, 1992, T. II, pág. 356, “la Directiva se ocupa aquí de la responsabilidad de las dos empresas involucradas en una operación de trabajo temporal, si bien limitada a las condiciones de ejecución del trabajo relacionadas con la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo. Se van a prever dos responsabilidades: de un lado la de la ETT, prevista por la legislación nacional; de otro, la de la empresa usuaria, que recibe y controla la actividad de los empleados de la empresa de trabajo temporal, y que es titular del centro de trabajo donde se prestan estos servicios, por mandato del artículo 8.1.”

que en ambos casos se produce una cesión del trabajo, directa en un caso e indirecta en otro, por lo que cree que hay razones suficientes para, a través de la Directiva 91/383/CEE, atribuir la responsabilidad solidaria a la empresa principal y la contratista. En mi opinión, si la sentencia de referencia ha utilizado dicha norma comunitaria para atribuir este tipo de responsabilidad en los supuestos de contrata y subcontrata de obras y servicios, con más motivo debería aplicarse a las relaciones a las que realmente va destinada la Directiva 91/383/CEE: a las de la E.T.T. y la empresa usuaria. Como su nombre indica, la Directiva completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral determinada o de E.T.T.. Por todo lo expuesto, resulta criticable que art. 44.2 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. establezca la exoneración de responsabilidad de la E.T.T. al señalar que “al amparo de lo previsto en el art. 16.2 L.E.T.T., de 1 de junio, la empresa de trabajo temporal no será responsable de la protección del personal en misión en materia de seguridad e higiene en el trabajo ni del recargo de prestaciones de Seguridad Social legalmente establecido, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en el centro de trabajo de la empresa usuaria durante la vigencia del contrato de puesta a disposición”, sin que establezca ni siquiera una responsabilidad subsidiaria de la E.T.T.⁹²⁷.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, verdaderamente resulta difícil poder asignar a la E.T.T. y a la empresa usuaria la responsabilidad solidaria en los supuestos de incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales y en los casos en que proceda el recargo de prestaciones de Seguridad Social, aunque ello hubiese sido lo más deseable⁹²⁸. En primer lugar, porque existe un elemento que avala el carácter

⁹²⁷ Muchos otros convenios colectivos establecen también la responsabilidad exclusiva de la empresa usuaria. Vid., a modo de ejemplo, el de ELAN, Servicios Empresariales, ETT, (BOP Guipúzcoa, 28 de marzo de 1995); T.W. Teamwork, ETT (BOE 5 de abril de 1995); Tempo Grup, ETT, (DO Generalitat Catalunya, de 28 de abril de 1995; Bicolán ETT (BOE 24 de mayo de 1995).

⁹²⁸ El Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto, de 21 de diciembre de 1993, consideraba “más adecuado que se establezca la responsabilidad solidaria, porque, si bien es cierto que ambas clases de responsabilidad son susceptibles de producir finalmente los mismos efectos, la solidaria simplifica el proceso para garantizar la efectividad de la responsabilidad”.

eminentemente sancionatorio del recargo⁹²⁹, esto es, la imputabilidad del origen del siniestro al “empresario infractor” (art. 123 TRLGSS) y, como consecuencia, la misma imposibilidad jurídica de dispersión del riesgo derivado de las desventajas anudadas al acto ilícito, prohibiendo su aseguramiento⁹³⁰. Tal como dispone el apartado 2º del art. 123 TRLGSS, “la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”. El Tribunal Supremo, en la sentencia en unificación de doctrina de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1714) se pronuncia en esta dirección, señalando que “el recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable. No se trata, por tanto, de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción⁹³¹ que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. Así pues, si se opta por la responsabilidad personalísima del recargo, resulta más complicado poderle atribuir a la E.T.T. la responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones, máxime si se tienen en cuenta los principios de legalidad y tipicidad que han de regir en la normativa sancionatoria, de forma que las infracciones deben estar recogidas en una norma con rango de ley y que las conductas que la ley recoja como merecedoras de

⁹²⁹ Sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., “La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo”, Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27 y 28 de mayo de 1994, original mecanografiado pág. 27 y ss. y PURCALLA BONILLA, M.A., “Ensayo sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, Comunicación presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27 y 28 de mayo de 1994, original mecanografiado, pág. 10 y ss.

⁹³⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, Civitas, Madrid, 1992, pág. 68, afirma que “aunque por sí solo no sea un factor absolutamente determinante para esta calificación, pero guarda una perfecta congruencia técnico-jurídica con las técnicas sancionatorias estrictas o medidas punitivas”.

⁹³¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos”, Actualidad Laboral, nº 48, 1995, págs. 837-838.

sanción han de estar perfectamente definidas en la propia ley, así como las sanciones que correspondan con las infracciones⁹³².

Esta dificultad a la hora de poder atribuir a la E.T.T. la responsabilidad solidaria en relación al recargo de prestaciones⁹³³, ha llevado a la doctrina a señalar que “la interpretación más plausible es que, dado lo triangular de la relación y vista la existencia de obligaciones que pesan sobre ambas partes, cabe pensar en una responsabilidad subsidiaria de la E.T.T. en relación a la empresa usuaria”⁹³⁴.

⁹³² Señala TOLOSA TRIBIÑO, C., “La responsabilidad empresarial en la nueva ley de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 17, 1996, pág. 368, que “la solidaridad sólo resulta predicable en el ámbito de la responsabilidad civil y laboral o de seguridad social y no en el ámbito sancionador, penal o administrativo, supuestos en los que cada empresario respondería personal y exclusivamente de su conducta”.

⁹³³ MOLINER TAMBORERO, G., “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 19, 1996, pág. 408, niega la posibilidad de la responsabilidad solidaria de ambas empresas, señalando que el art. 16.2 LETT “consiste sencilla y llanamente en disponer que es la empresa usuaria la responsable en materia de seguridad en el trabajo, debiendo entenderse que mientras el trabajador cedido esté prestando en ella sus servicios no se contempla aquí ningún supuesto de responsabilidad solidaria”.

⁹³⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., “Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, op. cit., pág. 270.

CONCLUSIONES.

1. La promulgación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de E.T.T., ha supuesto la legalización de una figura cuya actividad resultaba ilícita por su encuadramiento dentro del ámbito de la cesión ilegal de trabajadores del art. 43 E.T. -en su redacción de 1980-. Este cambio legislativo no se ha producido de una forma espontánea, sino que es consecuencia del progresivo afianzamiento de los distintos fenómenos de descentralización productiva y de exteriorización de la plantilla. Por otra parte, hay que destacar la repercusión en nuestro ordenamiento laboral de la paulatina legalización de esta figura en los diferentes países de la Unión Europea, así como la evolución experimentada en el seno de las instituciones comunitarias hacia la aceptación de la actividad desarrollada por este tipo de empresas, evolución que culmina con la aprobación de la Directiva 91/381/C.E.E. del Consejo, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de E.T.T..

2. En el ordenamiento español, la distribución de poderes empresariales entre la E.T.T. y la empresa usuaria es consecuencia directa de la estructura triangular característica de este tipo de relaciones. La E.T.T. contrata al trabajador y, en consecuencia, ostenta la cualidad de empresario formal de aquél, si bien el art. 15 L.E.T.T. atribuye las facultades directivas en favor de la empresa usuaria durante el tiempo que dure la puesta a disposición. No obstante, la E.T.T. seguirá siendo la titular del poder disciplinario durante todo el tiempo en que dura la relación laboral con el trabajador puesto a disposición. Esta distribución de poderes llevada a cabo por la L.E.T.T. supone la quiebra de la teoría contractualista de los poderes empresariales y, correlativamente, implica una clara asunción de las teorías comunitaristas, puesto que el ejercicio del poder de dirección y control por parte de la empresa usuaria supone la prevalencia de los criterios organizativos y productivos de la empresa usuaria en

perjuicio de la doble función del contrato de trabajo como fundamento y límite de los poderes empresariales.

3. La atribución de la cualidad de empresario resulta predicable de la E.T.T. si se aborda dicho concepto desde una perspectiva contractualista, esto es, como parte del contrato de trabajo celebrado con el trabajador puesto a disposición. Esta cualidad se refuerza al analizar uno a uno los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo. En lo que concierne a la retribución, se cumple en la medida en que el trabajador percibe su salario de la E.T.T. El requisito de la dependencia no se desvirtúa por el hecho de que el trabajador se integre en el ámbito de la empresa usuaria, puesto que es manifestación de la misma el hecho de que la E.T.T. sea el sujeto legitimado para dar la orden de puesta a disposición -la primera que recibe el trabajador-, y porque además ostenta durante toda la relación laboral la titularidad y el ejercicio del poder disciplinario. Bajo la perspectiva de la ajenidad en el mercado, también puede predicarse la cualidad de empresario de la E.T.T. La consideración de empresario de la E.T.T. ha de tenerse en cuenta en orden a un reforzamiento del contrato de trabajo entre dicha empresa y el trabajador, como instrumento limitador de los poderes del empresario.

4. La atribución de la cualidad de empresario no sólo se agota bajo una perspectiva contractualista relativa al sujeto que celebra el contrato de trabajo (la E.T.T.), sino que también es necesario abordar dicho concepto desde la consideración del empresario como sujeto receptor de la prestación de servicios. Esta última concepción posee una clara manifestación en cuanto a la responsabilidad de la empresa usuaria en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones en materia de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. De ahí que, en el ámbito de las responsabilidades empresariales, no hay que desdeñar la consideración de empresario en relación a la empresa usuaria, por ser ésta precisamente la que recibe la prestación de servicios del trabajador puesto a disposición. Se pretende así evitar la posibilidad de que la empresa usuaria se exima de determinadas responsabilidades empresariales por el hecho de que

el contrato se celebre con la E.T.T. De esta forma, se logra evitar el recurso a las E.T.Ts como un simple mecanismo de interposición en el contrato a través del cual se pretenda eludir las responsabilidades empresariales.

5. La quiebra de la teoría contractualista de los poderes empresariales se pone de nuevo de manifiesto si se analizan las consecuencias de la trilateralidad de este tipo de relaciones en el ámbito del poder disciplinario empresarial. La división de los poderes empresariales entre las dos empresas impide una correcta valoración, por parte de la E.T.T., de la adecuación de la conducta infractora del trabajador a la infracción tipificada en el convenio colectivo de la E.T.T. Asimismo, es dudoso que la E.T.T. pueda llegar a tener un conocimiento necesario de la conducta infractora que le permita llevar a cabo un correcto y razonable juicio de valor entre la falta y la sanción aplicable, por lo que el reparto de poderes entre la E.T.T. y la empresa usuaria puede poner en riesgo el principio de proporcionalidad. Por otra parte, el necesario respeto al principio de inmediatez aconseja que los plazos de prescripción se empiecen a computar a partir del momento en que la empresa usuaria ha tenido conocimiento de la infracción, puesto que dicho principio podría quedar desnaturalizado si se mantiene el cómputo desde que la conducta infractora sea conocida plenamente por la E.T.T., dada la dificultad de que ésta posea un conocimiento cabal, pleno y exacto de la hipotética infracción cometida por el trabajador puesto a disposición.

6. El sometimiento del trabajador puesto a disposición a las órdenes y directrices de la empresa usuaria en uso del poder de dirección asignado por el art. 15 L.E.T.T. podría tener consecuencias no deseables con respecto a una potencial vulneración de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de dichas empresas. Y ello porque, el hecho de que la empresa usuaria ostente un poder directivo vinculado directamente a la organización productiva, puede dificultar que el trabajador ejercite los derechos que de su contrato con la E.T.T. se derivan. A ello se une la dificultad de que los trabajadores contratados por las E.T.T. dispongan de sus propios órganos de representación en dicha empresa, lo que impide un control de las instancias

representativas sobre las decisiones empresariales. Este sometimiento a las órdenes y directrices de la empresa usuaria, llevado al extremo, puede suponer incluso una limitación injustificada de los derechos fundamentales del trabajador, al actuar ésta bajo criterios organizativos propios que se configuran independientemente de lo pactado en el contrato de trabajo entre el trabajador y la E.T.T. Ante estas potenciales vulneraciones, hay que tener presente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y su configuración como derechos subjetivos ejercitables siempre en cualquier parcela de la realidad social, lo que incluye también el ámbito organizativo de la empresa usuaria donde presta sus servicios el trabajador contratado por la E.T.T.

7. El convenio colectivo aplicable a la E.T.T. posee una importancia fundamental como instrumento limitador del poder de dirección de la empresa usuaria. Así, la existencia de una normativa convencional de aplicación a la E.T.T. no puede eludirse por la empresa usuaria aunque se dé la particular circunstancia de que el trabajador esté integrado en el seno de su organización productiva. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al señalar que no puede negarse la incidencia que posee el convenio colectivo en el ámbito de los derechos individuales de los trabajadores, pues lo contrario supondría contradecir el propio significado del convenio colectivo, en cuya naturaleza está el predominio de la autonomía de la voluntad sobre la colectiva. Así pues, la empresa usuaria vería limitado su poder de dirección en función de las condiciones colectivas pactadas en el convenio colectivo de aplicación a la E.T.T., cuyo objetivo es velar por el interés genérico de los trabajadores puestos a disposición, en consonancia con el derecho a la negociación colectiva consagrado art. 37 C.E.

8. Tras analizar los problemas que se suscitan de la división de poderes entre la E.T.T. y la empresa usuaria, se hace necesario recorrer transversalmente las distintas instituciones que conforman el contrato de trabajo, para analizar las incidencias que esta distribución de poderes comporta e intentar dar posibles soluciones desde una perspectiva contractualista de los poderes directivos.

En relación a la causa que fundamenta el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, se llega a la conclusión de la necesidad de hacer coincidir la causa del contrato de trabajo entre los sujetos mencionados y la causa del contrato de puesta a disposición (entre la E.T.T. y la empresa usuaria). Ello responde a una serie de motivos en función de los cuales no suscribo la opción doctrinal que considera que el contrato de trabajo puede conformarse preferentemente a través de la modalidad de obra o servicio determinado, donde la obra o servicio sería el contrato de puesta a disposición, de forma que, una vez terminado el contrato de puesta a disposición, se produciría la correlativa extinción del contrato de trabajo. La razón fundamental que me ha llevado a pronunciarme a favor de la coincidencia de causas entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo vendría dada por la circunstancia de que la empresa usuaria únicamente puede recurrir a los servicios de la E.T.T. porque se da alguno de los supuestos concretos establecidos en el art. 6.2 de la L.E.T.T. y no otros distintos a éstos, de lo que se deduce que la causa que justifica el contrato de trabajo no es otra que la causa concreta que lleva a la empresa usuaria a celebrar el contrato de puesta a disposición. Ambas causas, pues, se comunican necesariamente.

9. Por lo que respecta al período de prueba, la relación entre éste y el contrato de puesta a disposición suscita problemas específicos en relación a la adecuación entre las duraciones de ambos, especialmente en los casos en que la empresa usuaria quisiera rescindir el contrato de puesta a disposición y, correlativamente, la E.T.T. el contrato de trabajo. Dos podrían ser los criterios a seguir en esta materia. Por un lado, la necesidad de que el período de prueba deba pactarse por escrito excluye la posibilidad de resolverlo cuando no se haya pactado previamente respetando dicha formalidad. Por ello, si la empresa usuaria rescinde el contrato de puesta a disposición, únicamente producirá efectos extintivos sobre el contrato de trabajo en los supuestos en los que el contrato de trabajo todavía estuviese sujeto a período de prueba y la E.T.T. decidiese poner fin a la relación laboral. Con respecto a la duración del período de prueba, a falta de previsión expresa, parece que debe aplicarse la normativa común, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley. No obstante, la corta duración del

contrato de trabajo aconseja, en la mayoría de los casos, adaptar dicho período a la necesaria razonabilidad y proporcionalidad entre la duración del período de prueba y la del contrato.

10. Respecto del tratamiento retributivo del trabajador puesto a disposición que establece el art. 11.a) L.E.T.T. para estos trabajadores, éste puede dar lugar a situaciones de desigualdad en la empresa usuaria. La legislación española en este punto difiere de la mayoría de los países de nuestro entorno europeo, que suelen garantizar la paridad retributiva entre los trabajadores puestos a disposición por la E.T.T. y los contratados directamente, para desempeñar las mismas funciones, en la empresa usuaria. No obstante, hay que tener en cuenta que, en el ámbito comunitario, está consagrado, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, el principio por el que se asigna el mismo salario a trabajos de igual valor. Si bien la consolidación de este principio ha tenido lugar con respecto a los trabajadores masculinos y femeninos, su ámbito de aplicación se ha ido extendiendo poco a poco a otros colectivos, como el de los trabajadores atípicos, por lo que podría hablarse de una labor de ampliación paulatina del ámbito subjetivo de la prohibición de discriminación que permitiría incluir toda situación que conduzca a situaciones de marginación de grupos sociales en el mercado de trabajo, lo que incluiría también a los trabajadores contratados para las E.T.T.. Desde un punto de vista constitucional, la aplicación del art. 14 C.E. podría defenderse en base a que la cláusula general de igualdad impide los tratamientos desiguales que no posean una justificación objetiva y razonable, sin que pueda alegarse justificación alguna que permita fundamentar aquellos casos en los que se produce una desigualdad retributiva con respecto a los trabajadores contratados por la E.T.T.

11. La peculiar estructura triangular de la relación entre la E.T.T., el trabajador y la empresa usuaria suscita problemas específicos en relación a la distribución de la jornada de los trabajadores puestos a disposición, que podrían ver variadas las condiciones de trabajo en este punto como consecuencia del ejercicio del poder de dirección de la empresa usuaria. Al respecto hay que señalar que, la necesidad de

concretar la jornada del trabajador, se fundamenta en el hecho de que el tiempo de trabajo forma parte de los elementos sustanciales del contrato de trabajo que integran el contenido de la prestación debida, por lo que el papel limitativo que posee el contrato de trabajo desde la perspectiva contractualista de los poderes empresariales impediría que la empresa usuaria pudiese variar la distribución de la jornada fijada en el contrato, aun a pesar de la existencia de necesidades productivas a través de las cuales se pretendiese modificar la distribución pactada en el convenio colectivo aplicable a la E.T.T. y concretada en el contrato de trabajo celebrado entre ésta y el trabajador. Por tanto, las posibles variaciones que en este punto llevase a cabo la empresa usuaria no podrían considerarse inmersas dentro del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, y, por tanto, constituirían un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

12. En relación al lugar de trabajo, las funciones del trabajador y el resto de condiciones sustanciales que forman parte del contenido del contrato de trabajo, éstos constituyen elementos esenciales del mismo que configuran el objeto de la prestación laboral pactada por el trabajador y la E.T.T. De ahí que habría que excluir la posibilidad de que la empresa usuaria lleve a cabo modificaciones que excedan de los límites impuestos por el art. 39, 40 y 41 E.T., puesto que este tipo de variaciones debe sustanciarse a través de los cauces procedimentales previstos en los respectivos preceptos. Sin embargo, los problemas aplicativos de los mismos en el ámbito de las E.T.Ts no terminan en este punto, puesto que, en los supuestos en los que la E.T.T. procediese a variar las condiciones sustanciales pactadas en el contrato de trabajo se plantearía el problema con respecto a la valoración de la concurrencia de causas justificativas que permitan fundamentar la medida de movilidad geográfica, funcional o modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y ello porque difícilmente la E.T.T. puede proceder a la estimación de la concurrencia de dichas causas en el seno de un ámbito organizativo y productivo ajeno a ella, como es el de la empresa usuaria donde presta sus servicios el trabajador.

13. Entre los supuestos que podrían dar lugar a la extinción del contrato entre la E.T.T. y el trabajador, se analiza la posible ilicitud de aquellas cláusulas convencionales a través de las cuales el contrato de trabajo quedaría resuelto a partir del momento en que la empresa usuaria resolviese el contrato de puesta a disposición. Al respecto, puede señalarse que una rescisión anticipada del contrato de trabajo que tenga su origen en la correlativa extinción del contrato de puesta a disposición estaría ignorando que la extinción del contrato debe poseer una justificación causal y, por tanto, sólo podría admitirse en aquellos supuestos en los que concurran las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que pudiesen justificar la medida extintiva. Pero incluso aunque se dé la concurrencia de dichas causas, se vuelve a plantear el problema de la valoración de las mismas por parte de la E.T.T. En cuanto a los efectos del acto extintivo, se plantea el problema de la posible atribución de responsabilidades a la empresa usuaria en materia de salarios de tramitación. En este punto, podría defenderse una posición favorable a dicha asunción de responsabilidades, en base a una interpretación analógica en relación a los criterios jurisprudenciales ya consolidados en los supuestos de contratas y subcontratas de obras o servicios, si bien en el caso de la empresa usuaria sería una responsabilidad subsidiaria por aplicación del art. 16.3 L.E.T.T.

14. Con respecto a las obligaciones formativas de la E.T.T., se plantean especiales problemas en lo relativo a la prevención de riesgos laborales en el ámbito de dichas empresas, puesto que resulta difícil poder garantizar una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, lo que exigiría una colaboración entre la E.T.T. y la empresa usuaria que no está prevista por la L.E.T.T.. Por otra parte, la exclusiva mención del art. 16.2 L.E.T.T. a la empresa usuaria en materia de responsabilidades en los supuestos de incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales plantea problemas en relación a la delimitación de la posible responsabilidad de la E.T.T. y su consideración como solidaria o subsidiaria. La responsabilidad solidaria resulta difícilmente justificable como consecuencia del carácter personalísimo del recargo de prestaciones, pero podría defenderse el carácter

subsidiario de la responsabilidad de la E.T.T. en base a la condición de empresario de la misma y porque además este parece ser el mandato que establece la Directiva 91/383/CEE.

15. Como conclusión final, puede señalarse que la relación trilateral predicable entre la E.T.T., la empresa usuaria y el trabajador supone un alejamiento de los esquemas contractualistas del poder de dirección empresarial y un acercamiento a las teorías comunitaristas de empresa. Esto se manifiesta en la prevalencia de los aspectos organizativos y productivos de la empresa usuaria como consecuencia de la atribución del poder de dirección a ésta última, todo ello en detrimento de los derechos del trabajador puesto a disposición.

Para intentar equilibrar los derechos del trabajador en este tipo de relaciones, se propone la revalorización del papel del contrato de trabajo como instrumento limitativo del poder de dirección de la empresa usuaria, función limitativa que viene dada por el objeto de la prestación pactada en el contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la E.T.T.

Sin embargo, esta opción por la recuperación de los esquemas contractualistas de los poderes empresariales no es capaz de solucionar todos los problemas derivados de la relación triangular que se suscita entre los sujetos intervinientes. Por ello, junto a la opción expuesta, es necesario tener presente que la atribución de la condición de empresario no sólo se limita a la E.T.T. como sujeto que celebra el contrato con el trabajador, sino que también es necesario abordar el concepto de empresario desde la consideración de la empresa usuaria como sujeto receptor de la prestación de servicios del trabajador, en orden a depurar las posibles responsabilidades que dicha empresa posee con respecto al trabajador puesto a disposición. Con ello se pretende que la empresa usuaria no pueda hacer valer el recurso a las E.T.T. como mecanismo de interposición a través del cual pueda eludir las responsabilidades que el ordenamiento laboral le asignaría si, en vez de utilizar los servicios de la E.T.T., hubiese procedido a la contratación directa del trabajador.

La conjunción de ambos criterios interpretativos constituye, en mi opinión, la opción más respetuosa con el carácter tuitivo consustancial al Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

- AGÍS DASILVA, M., “La determinación inicial del lugar de la prestación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio, 1995.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Deberes del empresario respecto a Seguridad y Salud”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), “La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Estado Social y Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado. Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 28, 1986.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en AA.VV. (coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R. y DEL REY GUANTER, S.), “La reforma de la negociación colectiva”, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, Institut d’Estudios Laborals, Barcelona, 1995.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Tiempo de trabajo en la reforma laboral”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
- ALBIOL MONTESINOS y SALA FRANCO, “Derecho Sindical”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I., “El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa”, Deusto, Bilbao, 1990.
- ALBIOL MONTESINOS, I., “En torno a la polémica ajenidad-dependencia”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, nº 1, 1971.
- ALBIOL MONTESINOS, I., “El RDL 8/1997, de 16 de mayo y el Acuerdo Interconfederal sobre estabilidad en el empleo”, en AA.VV., “La reforma laboral de 1997”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I., “La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Tribuna Social*, nº 43, 1994.
- ALBIOL MONTESINOS, I., “Las empresas de trabajo temporal”, *Tribuna Social*, nº 43, 1994.
- ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L; GARCÍA NINET, I; LÓPEZ GANDÍA, J.; SALA FRANCO, T., “Derecho del Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- ALEMÁN PÁEZ, F., “La polivalencia profesional”, Relaciones Laborales, nº 10, 1994.
- ALIBERT, B., “Le contrat de travail temporaire”, Droit Social, nº 1, 1974.
- ALONSO GARCÍA M., “La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALONSO GARCÍA, M., “Curso de Derecho del Trabajo”, Ariel, Barcelona, 1987.
- ALONSO OLEA, M., “Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales”, en “Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1977.
- ALONSO OLEA, M., “El despido. (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)”, IEP, Madrid, 1957.
- ALONSO OLEA, M., “Introducción al Derecho del Trabajo”, Quinta Edición, Civitas, Madrid, 1994.
- ALONSO OLEA, M., “Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución”, Civitas, Madrid, 1982.
- ALONSO OLEA, M., “Sobre el poder de dirección del empresario”, Revista de Política Social”, nº65, 1965.
- ALONSO OLEA, M., y MIÑAMBRES PUIG, C., “Derecho Procesal del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1997.
- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ ALEDO, C., “El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español. Relaciones entre segmentación laboral y productiva”, CES, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, Tribuna Social, nº 38, 1994.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, Actualidad Laboral, nº 26, 1995.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “La posible licitud de las empresas de trabajo temporal”, Relaciones Laborales, T.I, 1993.
- ANDINO AXPE, L.F., “Los nuevos contratos temporales”, Actualidad Laboral, nº31, 1995.
- APARICIO PÉREZ, M.A., “El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. (coord: CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J.), “Estudios sobre el Estado Social”, Tecnos, Madrid, 1993.
- APARICIO TOVAR, J., “Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- APARICIO TOVAR, J., y BAYLOS GRAU, A., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- AUVERGNON, F., y GIL GIL, J.L., “La réforme du droit du travail en Espagne”, Droit Social, nº 2, 1995.
- ÁVILA ROMERO, M., “Relaciones laborales del trabajador con la empresa usuaria. La responsabilidad de la empresa usuaria”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- AVILÉS CABALLERO, J., “La cesión ilegal de obreros”, La Ley, T. I., 1981.

- BALLARÍN IRIBARREN, J., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 24.
- BALLESTER PASTOR, M^a. A., “El período de prueba”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- BARBANCHO TOVILLAS, F., y GARCÍA VIÑA, J., “Recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo: últimos criterios jurisprudenciales”, comunicación presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Pamplona, 27 y 28 de mayo, 1994, original mecanografiado.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Diligencia y negligencia en el cumplimiento”, Centro de Estudios Constitucionales”, Madrid, 1981.
- BAYLOS GRAU, A., “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AA.VV. (Dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- BAYLOS GRAU, A., “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1994.
- BAYLOS GRAU, A., “Control obrero, democracia industrial, participación”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- BAYLOS GRAU, A., “Derecho del Trabajo: modelo para armar”, Trotta, Madrid, 1991.
- BAYLOS GRAU, A., “El acceso al mercado de trabajo”, Ponencia presentada en Jornades sobre la Reforma del Mercat de Treball i el Model de Relacions Laborals, Sitges, noviembre, 1993, original mecanografiado.
- BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo”, Revista de Derecho Social, nº 1.
- BAYLOS GRAU, A., “La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación”, Revista de Trabajo, nº 100, 1990.
- BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., “Manual de Derecho del Trabajo”, Madrid, 1957.
- BAYÓN CHACÓN, G., “La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 1955.
- BAYÓN CHACÓN, G., “El concepto de dependencia. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?”, Revista de Derecho Privado, 1961.
- BERTHONNEAU, L., “Salariés atypiques et négociation collective: l'exemple du travail temporaire”, Droit Social, nº 4, 1993.
- BIAGI, M., “El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas: ¿Flexibilidad o ajuste?, Reseñas relativas a las relaciones colectivas”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 63, 1994.
- BIURRUN, “La competencia del I.N.E.M”, Actualidad Económica, nº 2, 1992.
- BLAISE, H., “A la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'oeuvre”, Droit Social, nº 5, 1990.
- BLAISE, H., “Les contrats précaires après la loi du 12 juillet 1990”, Droit Social, nº1, 1991.

- BLANPAIN, R., “La situación del trabajo temporal en Europa”, *Revista de Trabajo*, nº 67-68, 1982.
- BLANPAIN, R., “Temporary work and the law. The E.C. Directive and Proposals”, en AA.VV., “Temporary work and labour law of the European Community and Member States”, Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherlands, 1993.
- BLASCO PELLICER, A., “La individualización de las relaciones laborales”, CES, Madrid, 1995.
- BODAS MARTÍN, R., “El reconocimiento de las empresas de trabajo temporal. Requisitos para su constitución y funcionamiento. Las cooperativas y las E.T.Ts”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- BOEHMER, G., “El derecho a través de la jurisprudencia”, traducción al castellano de PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona, 1959.
- BOLEGO, G., “Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 1995.
- BONARDI, O., “I progetti di legge sul lavoro interinale nella XII legislatura”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, III, 1996.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Bases para una configuración comunitaria de la empresa española”, *Revista de Trabajo*, nº 41-42, 1973.
- BORRAJO DACRUZ, “Las empresas de trabajo temporal. Actualidad del tema”, *Actualidad Laboral*, nº 15, 1993.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Guía de la contratación laboral temporal”, *Actualidad Laboral*, 1985.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Los empresarios indirectos”, *Documentación Laboral*, nº2, 1982.
- BOUDER, A., “New forms of employment and their use in the employment policies of the member states of the european community”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 5, 1989.
- BRONSTEIN, “Temporary work in Western Europe: threat or complement to permanent employment?”, *International Labour Review*, nº 3, 1991.
- CABRERA BAZÁN, J., “Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico”, Akal Universitaria, Madrid, 1982.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L., “El mercado laboral y las empresas de trabajo temporal en Bélgica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio, 1994.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L., “Flexibilidad y mercado de trabajo: la regulación de las empresas de trabajo temporal en Bélgica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio, 1994.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L., “Tipología sobre las formas atípicas de empleo en Europa”, *Relaciones Laborales*, T.I., 1989.
- CALVO GALLEGO, F. J., “Contrato de trabajo y Libertad Ideológica”, CES, Madrid, 1995.
- CÁMARA BOTÍA, A., “El carácter culpable del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997.

- CAMERLYNCK, G.H. y LYON-CAEN, G., “Derecho del Trabajo”, Traducción al castellano de RAMÍREZ MARTÍNEZ, J., Aguilar, Madrid, 1974.
- CAMERLYNK, G.H., “Droit du Travail. Le contrat de travail”, Dalloz, Paris, 1982, pág. 236.
- CAMPS RUIZ, L. M., “Régimen laboral de la transmisión de empresa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Complementos salariales de carácter personal”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993.
- CAMPS RUIZ, L.M., “El concepto laboral de empresario”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1990.
- CAMPS RUIZ, L.M., “El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, Tribuna Social, nº43, 1994.
- CAMPS RUIZ, L.M., “La contratación laboral temporal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- CAMPS RUIZ, L.M., “La nueva regulación del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Tratamiento jurídico-laboral de los grupos de sociedades”, MTSS, Madrid, 1986.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Tratamiento legal de los grupos de sociedades”, Actualidad Laboral, nº 34, 1990.
- CAMPS RUIZ, L.M., y SALA FRANCO, T., “Legalidad y tipicidad de las infracciones laborales de los empresarios”, Relaciones Laborales, nº 10, 1987.
- CAPELLI, F., “Il monopolio nazionale di servizi di collocamento alla luce del diritto comunitario della concorrenza”, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, I, 1995.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “La reforma del Derecho del Trabajo. Diez años de legislación laboral: 1985-1995”, Relaciones Laborales, T. I., 1995.
- CASAS BAAMONDE, M.E, BAYLOS GRAU, A y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El Estatuto de los Trabajadores diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas”, Relaciones Laborales, T. I, 1990.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “El despido individual disciplinario y objetivo, y su calificación jurídica: la improcedencia y la nulidad del despido”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “Los intentos, fracasados, de armonizar las legislaciones sociales europeas sobre la contratación a tiempo parcial y los contratos temporales de trabajo: el debate en el seno de la Comunidad Europea”, Trabajo y Seguridad Social, nº12, 1986.
- CASAS BAAMONDE, Mª E., “Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo”, Relaciones Laborales, T. II, 1993.
- CASAS BAAMONDE, Mª. E., “La individualización de las relaciones laborales”, Relaciones Laborales, T.I, 1991.
- CASAS BAAMONDE, Mª. E., “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, en AA.VV., “Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

- CASAS BAAMONDE, M^a.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo”, *Relaciones Laborales*, nº 6-7, 1994.
- CASAS BAAMONDE, M^a.E., “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- CASEY, B., DRAGENDORF, R., HEERING, W., y JOHN, G., “El trabajo temporal en Gran Bretaña y en la República Federal de Alemania”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, 1989.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a A., “El régimen disciplinario en la empresa”, Aranzadi Pamplona, 1993.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a.A., “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *Documentación Laboral*, nº 44, 1994.
- CATALA-FRANJOU, “Le travail temporaire en France”, *Droit Social*, nº 4, 1969.
- CHALARON, Y., “Pour nuove concept penal de marchandage ou trafic de main-d’ouvre”, *Droit Social*, nº 12, 1980.
- CHALARON, Y., “La réforme du travail temporaire”, *Droit Social*, nº 4, 1982.
- CHALARON, Y., “La repression de l’emploi irregulier de travailleurs temporaires”, *Droit Social*, nº 9-10, 1981.
- CHIECO, P., “Poteri dell’imprenditore e decentramento produttivo”, UTET, Torino, 1996.
- COELLO DE PORTUGAL SILVA, C., “La remuneración del trabajador cedido mediante contrato de puesta a disposición”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, octubre-diciembre, 1995.
- COLIN, A., y CAPITANT, H., “Curso elemental de Derecho Civil”, Ed. Reus, Madrid, 1987.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, *Actualidad Laboral*, nº4, 1996.
- CÓRDOVA, E., “Del empleo total al trabajo atípico: ¿Hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 105, nº 4, 1986.
- CÓRDOVA, E., “Las relaciones de trabajo atípicas”, *Relaciones Laborales*, T.I., 1986.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B., “La sanción disciplinaria en la empresa”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Tecnos, Madrid, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata”, *Relaciones Laborales*, T. I., 1992.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Diferencias de condiciones de trabajo entre los estibadores portuarios: la aplicación del principio de igualdad”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 1992.

- CRUZ VILLALÓN, J., “El artículo 41 del E.T. tras la reforma de 1994, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, J., “El artículo 41 del E.T. tras la reforma de 1994”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M^a. E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, J., “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, J., “El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Empresas de trabajo temporal y negociación colectiva”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los efectos de la negociación colectiva de la Reforma del Mercado de Trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en AA.VV.(dir: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, Ibidem, Madrid, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal”, Revista de Política Social, nº 125, 1980.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”, MTSS, Madrid, 1983.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- D’ANTONA, M., “La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, T. II, 1991.
- DÄUBLER, W., “Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1994.
- DAVIS y FREEDLAND, “Nuevas formas de empleo en Gran Bretaña”, Relaciones laborales, T. I, 1989.
- DE CABO MARTÍN, C., “Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional”, PPU, Barcelona, 1993.
- DE CABO MARTÍN, C., “Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II”, Colección Apuntes sobre Constitución y Política, PPU, Barcelona, 1993.
- DE CASTRO BRAVO, “Derecho Civil en España”, T.I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español”, Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, nº1 al 4, 1971.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “En torno al concepto del Derecho español del Trabajo”, Revista de Trabajo, nº 41-42, 1973.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “El concepto de hora extraordinaria”, en AA.VV., (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “El contrato indefinido para fomento del empleo”, Documentación Laboral, nº 54, 1997.

- DE LA VILLA GIL, L.E., “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, *Revista de Política Social*, nº 85.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “Las empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos”, *Revista de Trabajo*, nº 74, 1984.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- DE LUCA TAMAJO, R., “Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interninale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1995.
- DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 1996.
- DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, en AA.VV., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, MTSS, Madrid, 1996.
- DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, MTSS, Madrid, 1996.
- DEL REY GUANTER, S., “Libertad de expresión e información y contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial”, *Civitas*, Madrid, 1994.
- DEL REY GUANTER, S., “Movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en AA.VV. (coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- DESDENTADO BONETE, A., “Modificaciones en la extinción del contrato de trabajo. El despido objetivo económico tras la reforma de 1997”, en AA.VV., “Dossier Práctico sobre la reforma laboral de 1997”, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 1997.
- DESPAX, M., “L’*évolution du rapport de subordination*”, *Droit Social*, nº 1, 1982.
- DIÉGUEZ CUERVO, G., “La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo”, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
- DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias”, T. II., *Civitas*, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L., “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Bosch, Barcelona, 1963.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada. Persona jurídica”, Tecnos, Madrid, 1997.
- DOROY, F., “Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage”, *Droit Social*, nº 6, 1984.
- DURÁN LÓPEZ, “La prescripción de las faltas de asistencia o puntualidad del trabajador tras la ley de Relaciones Laborales”, *Revista de Política Social*, nº 119, 1978.
- DURÁN LÓPEZ, F., “El período de prueba. Voz para una Enciclopedia”, *Relaciones Laborales*, nº 12, 1988.

- DURÁN LÓPEZ, F., “El trabajo temporal. La duración del tiempo de trabajo”, Madrid, MTSS, 1980.
- DURÁN LÓPEZ, F., “La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976”, en AA.VV., “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles al profesor Manuel Alonso Olea”, MTSS, Madrid, 1990.
- DURÁN LÓPEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, Revista de Trabajo, nº 69, 1983.
- DURÁN LÓPEZ, F., “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, Revista de Política Social, nº 123, 1979.
- DURÁN LÓPEZ, F., “Las previsiones comunitarias de regulación del trabajo temporal y de la contratación de duración determinada”, Relaciones Laborales, T.I, 1985.
- DURÁN LÓPEZ, F., “Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa”, en AA.VV., “Comentarios a las leyes laborales” (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1985.
- DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A., y SALA FRANCO, T., “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, Madrid, 1987.
- ENTRENA CUESTA, R., “El principio de libertad de empresa”, en AA.VV. (Coord: GARRIDO FALLA, F.), “El modelo económico de la Constitución Española”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, Vol. I.
- EPSTEIN E., y MONAT, J., “La subempresa de mano de obra y su reglamentación”, Revista Internacional del Trabajo, abril, 1973.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., “La reforma del régimen de los salarios”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RE y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La contratación eventual en la negociación colectiva”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los efectos de la negociación colectiva de la Reforma del Mercado de Trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1996.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J., “El desarrollo reglamentario de la contratación temporal. La Orden de cotización para 1995”, Relaciones Laborales, T. I., 1995.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo”, Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “Límites personales y materiales en la prestación de horas extraordinarias”, en AA. VV. (Dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Formación en materia de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), “La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “El poder disciplinario en la empresa”, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991”, Bosch, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “Los problemas de la ejecución en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., “Perfiles del poder disciplinario”, Tribuna Social, n^o 63, 1996.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L., “El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos”, Actualidad Laboral, n^o 48, 1995.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el Trabajo (el art. 40 de la Ley 8/1988)”, Actualidad Laboral, n^o 1, 1992.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “Tratamiento de la Seguridad e Higiene en la nueva regulación de las empresas de trabajo temporal”, Revista Española de Derecho del Trabajo, n^o 75, 1996.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Principio de proporcionalidad”, en “Enciclopedia jurídica básica”, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, n^o 39, 1993.
- FILADORO, C., “Il lavoro interinale e le altre norme a sostegno dell’occupazione”, Pirola, Milano, 1997.
- FLÓREZ SABORIDO, I., “La contratación laboral como medita de política de empleo en España”, CES, Madrid, 1994.
- FREYSSINET, J., “L’exteriorisation de l’emploi: la dimension economique du probleme”, Droit Ouvrier, mars-avril, 1981.
- GABINETE DE ESTUDIOS LABORALES, “El trabajo temporal. Informe Cousté. La experiencia francesa”, MTSS, Madrid, 1980.
- GALA DURÁN, C., “Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias”, Colex, Madrid, 1998.
- GANDOUIN, “Pour une approche socio-économique du travail temporaire”, Droit Social, n^o 7-8, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios”, Actualidad Laboral, n^o 40, 1994.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, S., “El orden económico en la Constitución”, Libre Empresa, n^o8, 1978.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (I y II)”, Actualidad Laboral, n^o1-2, 1996.

- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 1996.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, 1994, nº 34.
- GARCÍA LÓPEZ, R., “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 44, 1990.
- GARCÍA MURCIA, J., “Cesión de trabajadores”, en AA.VV. (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales”, Edersa, Madrid, 1988.
- GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*”, nº 130, 1981.
- GARCÍA MURCIA, J., “La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
- GARCÍA MURCIA, J., “Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores. Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes”, *Temas Laborales*, nº 31, 1994.
- GARCÍA MURCIA, J., “Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., “La modificación del contrato de trabajo”, (coord: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), *Ibidem*, Madrid, 1997.
- GARCÍA MURCIA, J., “Traslados y desplazamientos en la empresa. El art. 40 del Estatuto de los Trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GARCÍA MURCIA, J., y MARTÍNEZ MORENO, C., “La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 8, 1992.
- GARCÍA NINET, I., “El contrato para la realización de obra o servicio determinado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GARCÍA NINET, I., “Ordenación del Tiempo de Trabajo”, en AA.VV., “La Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1994.
- GARCÍA NINET, J.I. y LLEÓ CASANOVAS, B., “La fijación del período vacacional. El calendario de las vacaciones”, *Tribuna Social*, nº 38.
- GARCÍA NINET, J.I., y MORRO LÓPEZ, J., “Prestaciones personales obligatorias”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1990.
- GARCÍA PAREDES, M^a L., “La subcontratación de obras y servicios”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- GARCÍA PELAYO, M., “Las transformaciones del Estado Contemporáneo”, Alianza Universidad, Madrid, 1989.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA VIÑA, J., “Los nuevos contratos laborales de duración determinada”, *Actualidad Laboral*, nº 19-20, 1995.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, *Relaciones Laborales*, T. II.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “El contrato a tiempo parcial”, Relaciones Laborales, T.I, 1994.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales”, en AA.VV., (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)”, Tribuna Social, nº 38, 1994.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo”, MTSS, Madrid, 1987.
- GARRIDO FALLA, F., .), “El modelo económico de la Constitución Española”, Vol. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.
- GARRIDO PÉREZ, E., “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Tecnos, Madrid, 1996.
- GARRIDO PÉREZ, E., “La información en la empresa”, CES, Madrid, 1995.
- GARRIDO PÉREZ, E., “Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria”, Relaciones Laborales, nº 8, 1995.
- GARRORENA MORALES, A., “El Estado español como Estado social y democrático de derecho”, Tecnos, Madrid, 1992.
- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., “Il rapporto di lavoro”, Bologna, Zanichelli, 1995.
- GIERKE, O., “Las raíces del contrato de servicios”, Traducción y comentario crítico por BARREIRO GONZÁLEZ, G., Cuadernos Civitas, Madrid, 1982.
- GIUGNI, G., “Concertazione sociale e sistema politico in Italia”, en AA.VV. (Coord: BALANDI, G., y VARDARO, G.), “Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi”, Franco Angeli, Milano, 1988.
- GIL Y GIL, J.L., “La prescripción de la falta laboral continuada: observaciones críticas (I) y (II)”, Actualidad Laboral, nº 27, 1993.
- GIL y GIL, J.L., “La prescripción de las faltas laborales”, MTSS, Madrid, 1993.
- GODINO REYES, M., “Autonomía colectiva y voluntad individual en la fijación de la jornada de trabajo”, en AA.VV. (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- GOLDIN, A., “Las empresas de trabajo temporal en la Argentina”, en AA.VV. (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de Trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- GOERLICH PESET, J.M., “La extinción del contrato de Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GONZÁLEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial”, Relaciones Laborales, nº 20, 1989.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales”, Trotta, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo: su prescripción; la repetición de las faltas y la aplicación del principio *non bis in idem*”, Revista de Política Social, nº 139, 1983.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, en AA.VV., “Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea”, MTSS, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ RUIZ, J., “Los principios constitucionales de acceso a la función pública y los Derechos Fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ VELASCO, J., “Desconcertante relación jurídica entre el trabajador temporal y el empresario cesionario”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, enero-marzo, 1995.
- GONZÁLEZ VELASCO, J., y VIVES USANO, M.P., “Salarios de tramitación”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica”, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Valladolid, 1996.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La determinación y estructura del salario”, Revista de Política Social, nº 141, 1984.
- GOÑI SEIN, J.L. “El respeto a la esfera privada del trabajador”, Civitas, Madrid, 1988.
- GUARNIERI, “L’interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problemática civilistica”, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, T. I, 1987.
- GUARNIERI, “La posizione dell’interposto nell’appalto di mano d’opera”, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, T. I, 1988.
- HENRY, M., “Les consequences de l’exteriorisation pour les salariés et leurs institutions representatives”, Droit Ouvrier, mars-avril, 1981.
- IGLESIAS CABERO, M., “El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993.
- ILDA BENVENUTI, M., “Disciplina e cogestione del lavoro interinali nei Paesi Bassi”, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, I, 1995.
- INÉS FONTANA, B. , “Las empresas de trabajo temporal en las normas comunitarias y en el derecho internacional del Trabajo”, Revista de Trabajo, nº 88, 1987.
- JEAMMAUD, A. y LYON-CAEN, A., “Droit et direction du personnel”, Droit Social, nº 1, 1982.
- JEANTIN, M., “L’entreprise eclatée: interets d’une aproche commercialiste du probleme”, Droit Ouvrier, mars-avril, 1981.
- JEMMAUD, A., “Les fonctions du droit du travail”, en AA.VV. “Le Droit capitaliste du travail”, Presses Universitaires, Grenoble, 1980.
- JUANES FRAGA, E., “Derecho al salario sin prestación de servicios”, en AA.VV., “Estudios sobre el salario”, ACARL, Madrid, 1993.
- KAHN-FREUND, O., “Trabajo y Derecho”, MTSS, Madrid, 1987.

- KAHN-FREUND, O., “Il lavoro e la legge”, (Traduzione di ZANGARI, G.), Giuffrè, Milano, 1974.
- KERBOURCH, J.Y., “Le travail temporaire: une forme déjà élaborée du contrat d’activité”, *Droit Social*, nº 2, 1997.
- KONLE-SEIDL, R., ULLMANN, H. y WALSEI, U., “El espacio social europeo: formas atípicas del empleo y de la duración del trabajo en la Comunidad Europea”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, T. II, 1990.
- LA LAGUNA, “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, 1972.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., “Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General del Contrato”, Bosch Barcelona,.
- LAFLAMME, R., y CARRIER, D., “Droits et conditions de travail des employés des agences de location de main d’oeuvre”, *Relations Industrielles*, Vol. 52-1, 1997.
- LANQUETIN, M.T., “La preuve de la discrimination: l’apport du droit communautaire”, *Droit Social*, nº 5, 1995.
- LLUIS Y NAVAS, J., “Los principios comunes del sistema sancionador administrativo y las reglas específicas del sistema laboral (I) y (I)”, *Actualidad Laboral*, nº 43, 1994.
- LÓPEZ GANDÍA, J. “Trabajo en prácticas y para la formación”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal en las Administraciones Públicas”, *Poder Judicial*, nº4, 1986.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “Los contratos de obra o servicio y eventualidad, y la negociación colectiva”, *Actualidad Laboral*, nº 12, 1997.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, en AA.VV. (coord: ROJO TORRECILLA, E.), “Las reformas laborales de 1994 y 1997”, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas”, Civitas, Madrid, 1995.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., “Las causas económicas y empresariales de despido”, en AA.VV. (coor: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “Contratación temporal y empresas de trabajo temporal en el RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo”, en *Jornades dels Jutges del Social davant la Reforma Laboral de 1997*, Platja d’Aro, junio, 1997, original mecanografiado.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los contratos formativos: causa formativa, condiciones salariales y protección social”, en AA.VV. (Dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R.), “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “El régimen jurídico en las empresas de trabajo temporal en la Ley 14/1994, de 1 de junio”, en AA.VV., “Nuevo Marco de Relaciones Laborales”, Institut d’Estudis Laborals, Barcelona, 1995.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “Estructura salarial, organización productiva y prestación salarial”, Proyecto de Investigación presentado a la plaza de Catedrático de Derecho

- del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, julio 1996, original mecanografiado.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “La contratación temporal y el fraude de ley”, Relaciones Laborales, nº 23, 1990.
 - LÓPEZ TARRUELLA, F., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., “La Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1994.
 - LÓPEZ, J., “La facultad de dirección”, Revista de Política Social, nº 122, 1979.
 - LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994.
 - LOSCHAK, D., “Le pouvoir hiérarchique dans l’entreprise privée et dans l’administration”, Droit Social, nº 1, 1982.
 - LOUSADA AROCHENA, J.F., “Los trabajadores temporales y los de empresas de trabajo temporal como grupos específicos de riesgo en la Ley de prevención de riesgos laborales”, Diario La Ley, nº 4516, 1998.
 - LUJÁN ALCARAZ, J., “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997.
 - LUZÓN PEÑA, D.M., “*Ius puniendi*: límites”, en “Enciclopedia jurídica básica”, Civitas, Volumen III, Madrid, 1995.
 - LYON CAEN, A., “Actualité du contrat de travail”, Droit Social, nº 7-8, 1988.
 - LYON CAEN, A., “De l’égalité de traitement en matière salariale”, Droit Social, nº 12, 1996.
 - LYON-CAEN, A., “A propos de l’entreprise éclatée”, Droit Ouvrier, mars-avril, 1981.
 - LYON-CAEN, A., “L’égalité et la loi en droit du travail”, Droit Social, nº 1, 1990.
 - LYON-CAEN, A., “La mise à disposition internationale de salarié”, Droit Social, nº 12, 1981.
 - LYON-CAEN, A., y MAILLARD, J., “La mise a disposition de personnel”, Droit Social, nº 4, 1981.
 - LYON-CAEN, G., “Les sociétés de travail temporaire dans la Communauté économique européenne”, Droit Social, nº 5, 1971.
 - MAILLARD, J., “Scolie sur le rapport de subordination”, Droit Social, nº 1, 1982.
 - MAIRAL, H.A., “La doctrina de los propios actos y la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1988.
 - MANCINI, F., “Costituzione e movimento operaio”, Il Mulino, Bologna, 1976.
 - MANGUM, G., MAYALL, D y NELSON, K, “The temporary help industry: a response to the dual internal labour market”, Industrial and Labour Relations Review, Vol. 38, nº 4, 1985.
 - MARÍN CORREA, J.M., “La nueva movilidad geográfica”, Actualidad Laboral, nº 24, 1995.
 - MARÍN CORREA, J.M.^a, “Nota al comentario de la STCT de 8 de noviembre de 1988”, Actualidad Laboral, T. I, 1989.

- MARÍN CORREA, L., “Estabilidad en el empleo y contrato temporal”, Actualidad Laboral, nº 25, 1991.
- MARTÍN AGUADO, A., “Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial”, en AA.VV., “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- MARTÍN CORREA, J.M., “La nueva movilidad geográfica”, Actualidad Laboral, nº 24, 1995.
- MARTÍN VALVERDE, A., “El período de prueba en el contrato de trabajo”, Montecorvo, Madrid, 1976.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., “Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV., “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea”, MTSS, Madrid, 1990.
- MARTÍN VALVERDE, A., “El efecto extintivo del acto de despido disciplinario”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en AA.VV., “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, Revista de Política Social, nº 91, 1971.
- MARTÍN VALVERDE, A., “La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo”, Actualidad Laboral, Tomo I, 1992.
- MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del Derecho del Trabajo en España”, estudio preliminar en “La legislación social en la historia de España”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XXIX .
- MARTÍN VALVERDE, A., “La protección jurídica del trabajo en contratos: delimitación de los supuestos de hecho”, en AA.VV. (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en AA.VV. “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E.: coord.), “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1988.

- MARTÍN SERRANO, A., “Tratamiento normativo de las empresas de trabajo temporal en el ámbito europeo”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V., “Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº67, 1994.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 36, 1988.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La nueva regulación de la movilidad funcional”, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 62, 1993.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Estabilidad en el empleo y contratación temporal”, IELSS, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “La duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”, en AA.VV., “Comentarios a las leyes laborales” (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas en España. Criterios jurisprudenciales”, en AA.VV., (BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L., “Abusos en la contratación laboral temporal y control judicial”, Actualidad Laboral, nº 27, 1991.
- MARTÍNEZ MURILLO, J.J., “Cesión de trabajadores, subcontratación y dumping social”, Gaceta Jurídica de la C.E.E., octubre, 1991.
- MARTINS CATHARINO, J., “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 11, 1982.
- MARTINS CATHARINO, J., “La estabilidad en el empleo”, Revista de Política Social, nº 70, 1966.
- MATEOS BEATO, A., “Análisis de la descentralización productiva”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993.
- MAZEAUD, A., “La modification substantielle du contrat de travail résultant d’une sanction disciplinaire”, Droit Social, nº 1, 1991.
- MERCADER UGUINA, J., “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, abril-junio, 1994.
- MERCADER UGUINA, J., “Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- MERINO SENOVILLA, H., “Modalidades contractuales en la reforma de 1997”, en AA.VV., “Dossier Práctico. Reforma Laboral de 1997”, Francis Lefebvre”, Madrid, 1997.
- MESQUITA, L.J., “El poder disciplinario laboral”, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951.
- MEULDERS D. y TYGAT, B., “Atypical employment in ECC countries”, The International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations, Vol. 5, 1989.

- MÍNGUEZ ALVARELLOS, E., “La respuesta judicial a las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993.
- MOLERO MANGLANO, C., “Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de Trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- MOLINA NAVARRETE, C., “La reapropiación social de la tutela de la salud laboral: hacia un nuevo modelo normativo de prevención de riesgos profesionales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 176, 1997.
- MOLINER TAMBORERO, G., “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, Actualidad Laboral, nº 19, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “El despido colectivo en el derecho español. Estudio de su régimen jurídico”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, Civitas, Madrid, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “La estructura del salario. (Comentario al art. 26.3 y disposiciones concordantes del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo)”, en AA.VV., “El nuevo régimen jurídico del salario”, T.I, vol. I, Edersa, Madrid, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “La transmisión de empresa: el problema de la identificación jurídica del concepto de empresa a efectos de la normativa laboral reguladora de la transmisión de empresas”, en AA.VV.(dir: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, Ibidem, Madrid, 1997.
- MONGE RECALDE, J.L., “Comentarios a la reforma laboral de 1994”, Barcelona, 1994.
- MONTALVO CORREA, J., “Fundamentos de Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1975.
- MONTALVO CORREA, J., “Relaciones laborales y constitución: anotaciones a una década”, en AA.VV., “Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al prof. Manuel Alonso Olea”, Tecnos, Madrid, 1990.
- MONTEIRO FERNANDES, A., “Problemas jurídicos del trabajo realizado por mediación de empresas de trabajo temporal”, Revista Española de Derecho del Trabajo”, nº 18, 1984.
- MONTOYA A., GALIANA, J.M, SEMPERE A.V., y RÍOS, B., “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- MONTOYA MELGAR, “Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 1997.
- MONTOYA MELGAR, A., “Comentarios al E.T. La movilidad geográfica”, Pamplona, 1995.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, Aranzadi, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 10, 1982.

- MONTOYA MELGAR, A., “Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)”, Civitas, Madrid, 1992, pág. 332.
- MONTOYA MELGAR, A., “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral (Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995.
- MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- MONTOYA MELGAR, A., “Poder del empresario y movilidad laboral”, en AA.VV. (coord: RIVERO LAMAS, J.), “La flexibilidad laboral en España”, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1993.
- MOREIRO GONZÁLEZ, y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo”, Documentación Laboral, nº 40, 1993.
- MORÓN PRIETO, R., “La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica”, Relaciones Laborales, T.II, 1995.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, J., “Libertad de empresa y reserva de Ley”, Poder Judicial, nº3, 142.
- OJEDA AVILÉS, “Los servicios de empleo en España”, Revista de Seguridad Social, nº 15, 1982.
- OJEDA AVILÉS, A., “Autonomía colectiva y autonomía individual”, Relaciones Laborales, T.II, 1991.
- OJEDA AVILÉS, A., “Contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y nuevo art. 41.4 ET”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1995.
- OJEDA AVILÉS, A., “El principio de condición más beneficiosa”, Revista de Política Social, nº 134, 1977.
- OJEDA AVILÉS, A., “Los trabajadores temporales”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1973.
- OLMO GASCÓN, A. M., “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, Actualidad Laboral, nº 46, 1996.
- OLMO GASCÓN, M., “Contractualidad laboral y empresas de trabajo temporal, Temas Laborales 1996, nº 39.
- ORTEGA MÁRQUEZ, I., “Informe sobre las empresas de trabajo temporal”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984.
- ORTIZ LALLANA, M^a. C., “La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- ORTSCHIEDT, “Droit disciplinaire et Droit du licenciement”, Droit Social, nº 1, 1978.
- OSORIO MORALES, “Notas para una teoría general del contrato”, Revista de Derecho Privado, 1965.
- OSSENBÜHL, F., “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 32, 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en AA.VV. “Estudios sobre despido disciplinario”, ACARL, Madrid, 1989.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La ruptura del monopolio público de colocación y el ingreso al trabajo: supresión de la obligación de contratar a través de las oficinas públicas de empleo”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español”, Revista de Trabajo, nº 74, 1984.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AA.VV. (Dir: DE LA VILLA GIL, L.E.); “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AA.VV. (Dir: DE LA VILLA GIL, L.E.); “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Derecho del Trabajo”, Ceura, Madrid, 1997.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Derecho del Trabajo e Ideología”, Tecnos, Madrid, 1995.
- PASSARELLI, S., “Nociones de Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- PEDRAJAS MORENO, A., “A propósito del carácter funcional del complemento de puesto de trabajo”, Actualidad Laboral, nº 4, 1987
- PEDRAJAS MORENO, A., “Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia”, Trotta, Madrid, 1992.
- PEDRAJAS MORENO, A., “El contrato de aprendizaje”, Relaciones Laborales, nº 5-6, 1994.
- PEDRAJAS MORENO, A., “Novedades en la contratación laboral tras el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo”, Relaciones Laborales, nº 13, 1997.
- PEDRAJAS MORENO, A., “Traslados y obediencia debida del trabajador: criterios jurisprudenciales”, Actualidad Laboral, nº 33, 1990.
- PELISSIER, J., “La relation de travail atypique”, Droit Social, nº 7, 1985.
- PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., “Movilidad geográfica”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García”, Madrid, AEDTSS, 1995.
- PÉREZ AMORÓS, F., “Derechos de información sobre empleo y contratación”, Bosch, Barcelona, 1993.
- PÉREZ AMORÓS, F., “El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo Español”, Revista de Política Social, nº 31, 1982.
- PÉREZ BOTIJA, E., “El contrato de trabajo”, Madrid, 1945.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El límite del año en los desplazamientos laborales”, Actualidad Laboral, nº32, 1990.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español”, Relaciones Laborales, 1991, T. I.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos. El caso español”, Documentación Laboral, nº 33, 1991.

- PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1984.
- PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F y DEL REY GUANTER, S., “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1993.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La aplicación de la Directiva 76/207 en España”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La dimensión social del mercado único europeo”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 47, 1991.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7-III-1986”, Temas Laborales, nº 8, 1986.
- PÉREZ GUERRERO, M^a. L. , “La prevención de riesgos laborales en las empresas de trabajo temporal”, Aranzadi Social nº 6, 1996.
- PÉREZ LUÑO, A., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1991.
- PÉREZ YÁÑEZ, R., “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, Relaciones Laborales, nº 1, 1998.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Consideraciones y propuestas para la regulación de las empresas de trabajo temporal en España”, en AA.VV., “Las empresas de trabajo temporal. Encuentro para un debate”, Lex Nova, Valladolid, 1993.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. “La reforma del mercado laboral” (dir: VALDÉS DAL-RÉ, F.), “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- PERSIANI, M., “Contratto di lavoro e organizzazione”, Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Privato dell’Università di Roma, Padova, 1966.
- PETIT, M., “Le travail temporaire. Les pratiques et leur justification judiciaire”, Droit Ouvrier, marzo-abril, 1981.
- POLLERT, A., “The orthodoxy of Flexibility”, en AA.VV., “Farewell to flexibility?”, Blackwell, Oxford, 1991.
- POYAL COSTA, A., “La eficacia de los derechos humanos frente a terceros”, Revista de Derecho Político, nº 34, 1991.
- PRADAS MONTILLA, R., “Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo”, Documentación Laboral, nº 54, 1997.
- PRADEL, J., “Travail temporaire et droit pénal”, Droit Social, nº 7-8, 1984.
- PRADOS DE REYES, F., “Jornada, horario y descansos en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- PRADOS DE REYES, F.J., “Los contratos de trabajo en prácticas y para la formación: modificaciones a su régimen jurídico”, Actualidad Laboral, nº 19, 1985.
- PRIETO ESCUDERO, G., “Concepción doctrinal de la organización comunitaria de la empresa”, Revista de Política Social, nº 102, 1974.
- PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de Derecho Civil”, Tomo II, Volumen I, Bosch Barcelona,.

- PURCALLA BONILLA, M.A., “Ensayo sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, Comunicación presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27 y 28 de mayo de 1994, original mecanografiado.
- QUINTANILLA NAVARRO, B., “Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo”, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- RABANAL CARBAJO, P., “El principio de inmediatez y la progresividad en la aplicación de las sanciones disciplinarias”, Actualidad Laboral, nº 20, 1996.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada”, Ponencia presentada a las V Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, octubre, 1993.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El trabajo a tiempo parcial”, en AA.VV., “Comentarios a las Leyes Laborales” (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; ALFONSO MELLADO, C. “El Salario”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- RICCA, S., “Coexistencia de empresas privadas de trabajo temporal y servicios públicos de empleo: efectos y problemas”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 101, nº 2, 1982.
- RIVERO LAMAS, “La novación del contrato de trabajo”, Bosch, Barcelona, 1963.
- RIVERO LAMAS, J., “Contrato de Trabajo y antigüedad en la empresa”, Revista de Política Social, nº 64.
- RIVERO LAMAS, J., “La cesión de trabajadores en el Derecho Español del Trabajo”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- ROA RICO, L.F., “El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias”, en AA.VV., “La Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1994.
- ROCCELLA, M., “La significación y el alcance de la Directiva sobre Igualdad de Trato”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ROCCELLA, M., “Mercato del lavoro e lotta ai monopoli: appunti sulla giurisprudenza della corte di giustizia”, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, I, 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y PÉREZ BORREGO, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (Coord: ALARCÓN CARACUEL, M.R., OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), “La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J., “La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales”, Actualidad Laboral, nº 12, 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, P.T., “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, Trotta, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, P.T., “El contrato de interinidad por vacante”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Imposibilidad de la prestación”, en El Estatuto de los Trabajadores (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Tomo VI, Edersa, Madrid, 1982.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma”, Relaciones Laborales, T.I, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., “Igualdad y discriminación”, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva” en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Empresa y contrato de trabajo”, Separata de Anales de la Universidad Hispalense, Volumen XX, año 1960.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Justicia Constitucional y Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (dir: ALARCÓN CARACUEL, M.R), “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo”, en AA.VV. (Dir: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.), “Comentarios a la nueva legislación laboral. Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo”, Tecnos, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo”, Revista de Política Social, nº 71, 1966.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil”, Relaciones Laborales, nº 21, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Obediencia debida y desobediencia justificada”, Relaciones Laborales, nº 2, 1988.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva”, Relaciones Laborales, nº 6, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores”, Relaciones Laborales, T. I, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “El principio de norma más favorable y las Reglamentaciones de Trabajo”, Revista de Política social nº 53, 1962.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, T. I, 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Prólogo a la sanción disciplinaria en la empresa”, de CREMADES, B., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Un modelo democrático de relaciones laborales”, en AA.VV., “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El papel de la ley en y tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV, (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales”, Relaciones Laborales, T.II, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Propia actividad y contrata”, Relaciones Laborales, T. I, 1996.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal”, MTSS, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La condición más beneficiosa”, Documentación Laboral, nº 33, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, Civitas, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en la Europa Comunitaria”, Relaciones Laborales, nº 6, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en la Comunidad Europea”, Actualidad Laboral, nº 15, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, Relaciones Laborales, nº monográfico sobre la Reforma Laboral de 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal”, Relaciones Laborales, 1992, T. II.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria”, en AA.VV. (coord: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.), “IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Málaga, 1989.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Informe técnico sobre las empresas de trabajo temporal en la Comunidad Europea”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “La reforma del mercado de trabajo”, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa. Lección inaugural del curso Académico 1994-1995”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el Derecho Europeo”, en AA.VV. (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Complejidad y racionalización de la estructura del salario”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 17, 1984.
- ROJAS RIVERO, G., “Traslados y desplazamientos de trabajadores”, Madrid, MTSS, 1993.
- ROJO TORRECILLA, E., “Derecho del Trabajo y Constitución”, Cuatro Semanas, nº 14, 1994.
- ROJO TORRECILLA, E., “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, nº 18, 1997.
- ROJO TORRECILLA, E., “Informe sobre la incidencia del Acuerdo Tripartito Gobierno-CEOE-CC.OO y UGT en materia de Formación Continua en el ámbito competencial de la Generalitat Valenciana referente a la Formación Profesional Ocupacional”, Revista de Treball, nº 22, 1994.

- ROMAGNOLI, U., “El Derecho, el Trabajo y la Historia”, CES, Madrid, 1997.
- ROMAGNOLI, U., “Il lavoro e i lavori”, *Il Diritto del lavoro*, Gennaio-Febbraio, 1990.
- ROMAGNOLI, U., “Il Diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre”, en AA.VV. (Coord: BALANDI, G., y VARDARO, G.), “Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi”, Franco Angeli, Milano, 1988.
- ROMAGNOLI, U., “Weimar, ¿y después?”, en AA.VV. (coord. BAYLOS, A. y APARICIO, J.), “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- ROMÁN DE LA TORRE, M.D., “La situación jurídico-laboral de las empresas de trabajo temporal en España”, *Relaciones Laborales*, T.I, 1991.
- ROMÁN DE LA TORRE, Mª D., “La fijación del horario de trabajo”, en AA.VV. (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- ROMÁN DE LA TORRE, Mª D., “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Grapheus, Valladolid, 1992.
- RUBIO DE MEDINA, D., “Las empresas de trabajo temporal y la terminación de los contratos de trabajo a efectos de acceder a las prestaciones de desempleo”, *Diario La Ley*, nº 4289, 1997.
- SÁEZ LARA, C., “Las posibles repercusiones del Derecho Comunitario sobre la prohibición en España de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., “Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la C.E.E.”, MTSS, Madrid, 1987.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M., “Las empresas de trabajo temporal. Notas para un estudio”, *Revista de Trabajo*, nº 74, 1984.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Causas y efectos de la reforma laboral”, *Documentación Laboral*, nº 54, 1997.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “El concepto de trabajador en el Derecho español”, *Temis*, nº 9, 1961.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (dir: DE LA VILLA GIL, L.E.), “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal”, en AA.VV., “La reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995.
- SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F., “La modificación de la prestación de trabajo”, Ediciones Deusto, Bilbao, 1991.
- SALA FRANCO, T., “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (coord: RIVERO LAMAS, J.), “La flexibilidad laboral en España”, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993.
- SALA FRANCO, T., “El principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, nº 114, 1977.
- SALA FRANCO, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública”, M.A.P., Madrid, 1989.
- SALA FRANCO, T., “La descentralización del trabajo”, en DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A., y SALA FRANCO, T., “El ordenamiento laboral

- español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, MTSS, Madrid, 1987.
- SALA FRANCO, T., “La movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: VALDÉS DAL-RE y CASAS BAAMONDE, M.E.), “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 1994.
 - SALA FRANCO, T., “La libertad empresarial de contratación”, MTSS, Madrid, 1980.
 - SALA FRANCO, T., “La reforma del mercado de trabajo”, CISS, Valencia, 1994.
 - SALA FRANCO, T., “Movilidad geográfica”, en AA.VV. (dir: BORRAJO DACRUZ, E.), “Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994.
 - SALA FRANCO, T., y LÓPEZ MORA, F., “Contrato de trabajo”, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, (Dir: BORRAJO DACRUZ, E.), Edersa, Madrid, 1990.
 - SALA FRANCO, T., y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El concepto de centro de trabajo. Problemas interpretativos del art. 1.5 E.T.”, Actualidad Laboral, nº 33, 1985.
 - SAMPEDRO CORRAL, M., “El acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo y la reforma laboral de 1997”, Documentación Laboral, nº 54, 1997.
 - SÁNCHEZ FIERRO, J., “El fenómeno de la descentralización productiva”, en AA.VV., (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
 - SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función pública”, Tecnos, Madrid, 1996.
 - SÁNCHEZ PEGO, J., “El acceso al trabajo y las empresas de trabajo temporal”, Jornades dels Jutges del Social davant la Reforma del Mercat de Treball, Universitat Pompeu Fabra, 1994, original mecanografiado.
 - SÁNCHEZ PEGO, J., “La mediación en el contrato de trabajo y en el acceso al empleo. Las agencias de colocación”, en AA.VV., (dir: SÁNCHEZ PEGO, J.), “Cesión de Trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
 - SÁNCHEZ PEGO, J., “La relación interempresarial de trabajo temporal”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
 - SANTIAGO REDONDO, K., “Movilidad geográfica”, en AA.VV., (dir: VALDÉS DAL-RE, F.), “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994.
 - SAVATIER, “Le revocation des avantages resultant des usages de l’entreprise”, Droit Social, nº 12, 1986.
 - SAVATIER, J., “Pouvoir patrimonial et direction des personnes”, Droit Social, nº 1, 1982.
 - SCARPONI, S., “Le nozioni di discriminazione”, AA.VV., “Il Diritto diseguale. La legge sulle azioni positive”, Giappichelli, Torino, 1992.
 - SCHULTZ, C., “Formação profissional e negociação coletiva. O Modelo Espanhol”, LTR, São Paulo, 1998.
 - SEGURA NOGUERA, M., “Las empresas de trabajo temporal”, Recull Informatiu del Consell de Col·legis Oficials de Graduats Socials, nº 65, 1993.
 - SEGURA, J.; DURÁN, F.; TOHARIA, L.; BENTOLILA, S., “Análisis de la contratación temporal en España”, MTSS, Madrid, 1991.

- SEMPERE NAVARRO, A., “Resolución del vínculo laboral y período de prueba”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 6, 1981, pág. 251.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo”, Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27 y 28 de mayo de 1994, original mecanografiado.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Nacionalsindicalismo y relación de trabajo”, Akal, Madrid, 1982.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en AA.VV. (dir: GÁRATE CASTRO, J.), “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al prof. *Manuel Alonso Olea*, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela”, Dpto. de Derecho Mercantil y del Trabajo, Santiago de Compostela, 1997.
- SENDEN, L., “La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria”, en AA.VV. (coord: CRUZ VILLALÓN, J.), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- SINAY, H., “Le statu juridique des cadres dirigeants”, *Droit Social*, nº 1, 1982.
- SINZHEIMER, H., “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.
- SOLER FONTRDONA, F., “Las empresas de trabajo temporal en España”, *Revista Técnico Laboral*, nº 57, 1993.
- SPAGNUOLO VIGORITA, L., “Il potere disciplinare dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori”, en “I poteri dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo Estatuto dei Lavoratori”, Giuffrè Editore, Milano, 1972.
- SUPIOT, A., “Le travail, liberté partagée”, *Droit Social*, nº 6, 1993.
- SUPIOT, A., “Critique du droit du travail”, Presses Universitaires de France, Paris, 1994.
- SUPPIEJ, G., “Il potere direttivo dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori”, Giuffrè Editore, Milano, 1972.
- TÁRREGA POVEDA, J., “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.
- TATARELLI, M., “I poteri del datore di lavoro privato e pubblico”, CEDAM, Padova, 1996.
- TEYSSIE, B., “L’interlocuteur des salariés”, *Droit Social*, nº 1, 1982.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., “La responsabilidad empresarial en la nueva ley de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 17, 1996.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “Constitución: Escritos de Introducción histórica”, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- VALDÉS DAL-RÉ, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1990.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios”, Acarl, Madrid, 1988.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La movilidad funcional”, en AA.VV. (coord: MARTÍNEZ ABASCAL, V.), “La modificación del contrato de trabajo”, *Ibidem*, Madrid, 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por el ejercicio del *ius variandi* empresarial”, *Revista de Política Social*, nº 103, 1974.

- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio”, Relaciones Laborales, T. I, 1993.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en AA.VV., “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García”, AEDTSS, Madrid, 1995.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los despidos por causa económica”, en AA.VV., “La reforma del Mercado Laboral”, Valladolid, 1994.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, en AA.VV. (coord: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), “Reforma de la legislación laboral”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en AA.VV. (coord. BAYLOS, A. y APARICIO, J.), “Autoridad y democracia en la empresa”, Trotta, Madrid, 1992.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo” (I) y (II), Relaciones Laborales, T. II, 1995.
- VÁLTICOS, N., “Las empresas de trabajo temporal y las normas internacionales del trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, enero, 1973.
- VARELA AUTRÁN, B., “La cesión de trabajadores considerada ilícita”, en AA.VV. (dir: BAYLOS GRAU, A.), “Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- VÁZQUEZ MATEO, F., “El prestamismo laboral: las empresas de trabajo temporal en Europa”, MTSS, Madrid, 1980.
- VELDKAMP, G. y RAETSEN, G., “Las empresas de trabajo temporal y la legislación social en Europa Occidental”, Revista Internacional del Trabajo, 1973.
- VERICEL, M., “Sur le pouvoir nominateur de l’employeur”, Droit Social, nº 2, 1991.
- VERKINDT, P.Y., “L’application du principe d’égalité de traitement aux travailleurs précaires”, Droit Social, nº 11, 1995.
- VIDAL CARUANA, G., y VIDAL BENEYTO, “Los nuevos contratos temporales”, CISS, Valencia, 1994.
- VILLALOBOS CABRERA, F., “Diversas consideraciones prácticas sobre las empresas de trabajo temporal en la legislación española”, Revista Mes a Mes Social, Francis Lefevre, nº1/1995.
- VON MÜNCH, I., “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en AA.VV. (SALVADOR CODERCH, P., coord.), “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- YANINI BAEZA, J., “La nueva regulación de los contratos formativos”, Tribuna Social, nº 43, 1994.
- ZOPPOLI, L. y GAETA, L., “Verso un diritto diseguale senza diseguaglianze”, en AA.VV., “Il Diritto diseguale. La legge sulle azioni positive”, Giappichelli, Torino, 1992.
- ZORRILLA RUIZ, M. y MANRIQUE LÓPEZ, F., “La CEE y las empresas de contratación temporal”, Relaciones Laborales, T. I, 1988.

SENTENCIAS CITADAS.

1. TJCEE.

- STJCEE 17 diciembre de 1970. Asunto 35/70, Manpower. (Droit Social, nº 5, 1971, pág. 318).
- STJCEE 8 de abril de 1976. Asunto 43/75, Defrenne II (Ref. Colex 76CE22).
- STJCEE 31 de marzo de 1981. Asunto 96/80, Jenkins (ref. Colex 81CE40).
- STJCEE 29 de marzo de 1984. Asunto 25/83, Razzouk (ref. Colex 84CE67).
- STJCEE 13 de mayo de 1986. Asunto 170/84, Bilka-Kauf-Haus (ref. Colex 86CE68).
- STJCEE 15 de mayo de 1986. Asunto 222/84, Johnston (ref. Colex 86CE69).
- STJCEE 24 de junio de 1986. Asunto 150/85, Drake (ref. Colex 86CE87).
- STJCEE 17 de mayo de 1990. Asunto C-262/88, Barber (ref. Colex 90CE82).
- STJCEE 27 de junio de 1990. Asunto C-33/89, Kowalska (ref. Colex 90CE107).
- STJCEE 23 de abril de 1991. Asunto C-41/90, Macroton, (ref. Colex 91CE59).
- STJCEE 4 de junio de 1992. Asunto C-360/90, Bötzel (ref. Colex 92CE105).

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- STC 9/1981, de 31 de marzo, (BOE, 14-4-81).
- STC 11/1981, de 8 de abril, (BOE, 25-4-81).
- STC 25/1981, de 14 de julio, (BOE 13-8-81).
- STC 22/1981, de 2 de julio, (BOE 20-7-81).
- STC 34/1981, de 10 de noviembre, (BOE 19-11-81).
- STC 38/1981, de 23 de noviembre, (BOE 22-12-81).
- STC 73/1982, de 2 de diciembre, (BOE 29-12-82).
- STC 12/1983, de 22 de febrero, (BOE 23-3-83).
- STC 120/1983, de 15 de diciembre, (BOE 11-1-84).
- STC 18/1984, de 7 de febrero (BOE 9-3-1984).
- STC 31/1984, de 7 de marzo (BOE 3-4-84).
- STC 34/1984, de 9 de marzo (BOE 3-4-84).
- STC 83/1984, de 24 de julio (BOE 24-8-1984).
- STC 90/1984, de 5 de octubre, (BOE 31-10-84).
- STC 94/1984, de 16 de octubre (BOE 31-10-84).
- STC 99/1984, de 5 de noviembre, (BOE 28-11-84).
- STC 107/1984, de 23 de noviembre, (BOE 21-12-84).
- STC 108/1984, de 26 de noviembre, (BOE 21-12-84).
- STC 14/1985, de 1 de febrero (BOE 5-3-85).
- STC 19/1985, de 13 de febrero, (BOE 5-3-85).
- STC 58/1985, de 30 de abril, (BOE 5-6-85).
- STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14-8-85).
- STC 141/1985, de 22 de octubre, (BOE 26-11).
- STC 29/1987, de 6 de marzo, (BOE 24-3-87).

- STC 52/1987, de 7 de mayo, (BOE 5-6-87).
- STC 136/1987, de 22 de julio, (BOE 11-8-87).
- STC 170/1987, de 30 de octubre, (BOE 21-11-87).
- STC 206/1987, de 21 de diciembre (BOE 8-1-1988).
- STC 81/1988, de 28 de abril, (BOE 25-5-88).
- STC 6/1988, de 21 de enero (BOE 5-2-1988).
- STC 166/1988, de 26 de septiembre (BOE 14-10-88).
- STC 96/1989, de 29 de mayo (BOE 14-6-1989).
- STC 108/1989, de 8 de junio, (BOE 4-7-89).
- STC 114/1989, de 22 de junio (BOE 24-7-1989).
- STC 129/1989, de 17 de julio, (BOE 9-8-89).
- STC 83/1990, de 4 de mayo, (BOE 30-5-90).
- STC 76/1990, de 26 de abril (BOE 30-5-90).
- STC 123/1990, de 2 de julio (BOE 30-7-1990).
- STC 126/1990, de 5 de julio (BOE 30-7-1990),
- STC 92/1992, de 11 de junio, (BOE 15-7-92).
- STC 105/1992, de 1 de julio, (BOE 24-7-92).
- STC 20/1993, de 18 de enero, (BOE 12-2-93).
- STC 177/1993, de 31 de mayo, (BOE 5-7-93).
- STC 208/1993, de 28 de junio, (BOE 2-8-93).
- STC 63/1994, de 28 de febrero, (BOE 24-3-94).
- STC 99/1994, de 11 de abril (BOE 17-5-1994).
- STC 134/1994, de 9 de mayo (BOE 13-6-1994).
- STC 151/1994, de 23 de mayo, (BOE 25-6-94).
- STC 6/1995, de 10 de enero (BOE 11-2-1995).
- STC 50/1995, de 23 de febrero, (BOE 31-3-95).
- STC 104/1995, de 3 julio (BOE 31-7-1995).
- STC 125/1995, de 24 de julio (BOE 22-8-1995).
- STC 4/1996, de 16 de enero (BOE 12-2-1996).
- STC198/1996, de 3 de diciembre, (BOE 31-1-97).
- STC 90/1997, de 6 de mayo (BOE 9-6-1997).

3. TRIBUNAL SUPREMO.

- STS de 1-4-1983 (Ar. 3788).
- STS 9-4-1984 (Ar. 2057).
- STS de 8-5-1984 (Ar. 2983).
- STS 31-5-1984 (Ar. 3102).
- STS de 26-4-1985 (Ar. 1926).
- STS de 18-7-1985 (Ar. 3806).
- STS 21-9-1985 (Ar 4339).
- STS 27-11-1985 (Ar. 5874).
- STS 7-3-1986 (Ar. 1277).
- STS 27-3-1986 (Ar. 1616).
- STS 28-6-1986 (Ar. 3753).

- STS de 8-7- 1986 (Ar. 3990).
- STS de 29-9-1986 (Ar.5194)
- STS 30-9-1986 (Ar. 5210).
- STS 27-10-1986 (Ar. 5906).
- STS 20-1-1987 (Ar. 82).
- STS 20-1-1987 (Ar. 82).
- STS 26-1-1987 (Ar. 292).
- STS de 29-1-1987 (Ar. 298).
- STS 2-2-1987 (Ar. 747).
- STS 5-3-1987 (Ar. 1336).
- STS 31-3-1987 (Ar. 1764).
- STS 26-5-1987 (Ar. 3879).
- STS 2-6-1987 (Ar. 4101).
- STS de 23-6-1987 (Ar. 4614).
- STS 9-7-1987 (Ar. 5123).
- STS 14-10-1987 (Ar. 6999).
- STS 17-11-1987 (Ar. 8000).
- STS 26-11-1987 (Ar. 8069).
- STS de 3-12-1987 (Ar. 8822).
- STS 2-2-1988 (Ar. 560).
- STS 4-2-1988 (Ar. 572).
- STS 26-4-1988 (Ar. 3028).
- STS 3-5-1988 (Ar. 3539).
- STS de 11-5-1988 (Ar. 3605).
- STS 11-5-1988 (Ar. 5732).
- STS 27-6-1988 (Ar. 5472).
- STS 28-6-1988 (Ar. 5483).
- STS 5-7-1988 (Ar. 5760).
- STS 18-7-1988 (Ar. 6171).
- STS 20-9-1988 (Ar. 6928).
- STS de 28-9-1988 (Ar. 6944).
- STS 8-10-1988 (Ar. 8107).
- STS 5-12-1988 (Ar. 9561).
- STS 19-12-1988 (Ar. 9853).
- STS 19-12-1988 (Ar. 9853).
- STS 27-3-1989 (Ar. 2416)
- STS 8-9-1989 (Ar. 6562).
- STS 19-9-1989 (Ar. 6461).
- STS 19-10-1989 (Ar. 7300).
- STS 20-10-1989 (Ar. 7305).
- STS de 24-11-1989 (Ar. 8506).
- STS 28-11-1989 (Ar. 8276).
- STS 28-12-1989 (Ar. 9281).
- STS 28-12-1989 (Ar. 9281).
- STS 16-1-1990 (Ar. 128).
- STS 27-1-1990 (Ar. 224).
- STS 19-2-1990 (Ar. 1111).

- STS 24-2-1990 (Ar. 1222).
- STS 29-3-1990 (Ar. 2366).
- STS de 9-4-1990 (Ar. 3433).
- STS 22-6-1990 (Ar. 4880).
- STS 25-6-1990 (Ar. 5513).
- STS 29-6-1990 (Ar. 5543).
- STS 29-6-1990 (Ar. 5544).
- STS 24-9-1990 (Ar. 7040).
- STS 17-12-1990 (Ar. 9799).
- STS 23-1-1991 (Ar. 172).
- STS de 20-2-1991 (Ar. 854).
- STS 15-3-1991 (Ar. 1859).
- STS 20-3-1991 (Ar. 1884).
- STS 14-6-1991 (Ar. 7168).
- STS 17-10-1991 (Ar. 7220).
- STS de 21-10-1991 (Ar. 7224).
- STS 10-12-1991 (Ar. 9050).
- STS 23-12-1991 (Ar. 9095).
- STS 17-3-1992 (Ar. 1658).
- STS de 2-4-1992 (Ar. 2590).
- STS 18-5-92 (Ar. 3570).
- STS 26-5-1992 (Ar. 3608).
- STS 1-6-1992 (Ar. 4503).
- STS 23-6-1992 (Ar. 4614).
- STS 14-7-1992 (Ar. 7363).
- STS 24-9-1992 (Ar. 6809).
- STS 2-12-1992 (Ar. 10050).
- STS 28-12-1992 (Ar. 10368).
- STS 28-1-1993 (Ar. 376).
- STS 29-3-1993 (Ar. 2218).
- STS 10-5-1993 (Ar. 4046).
- STS 11-10-1993 (Ar. 9065).
- STS 3-11-1993 (Ar.8536).
- STS 23-12-1993 (Ar. 10003).
- STS 27-12-1993 (Ar. 5988).
- STS 15-4-1994 (Ar. 3243).
- STS 30-4-1994 (Ar. 3475).
- STS 30-4-1994 (Ar. 6312).
- STS 16-5-1994 (Ar. 4208).
- STS 19-5-1994 (Ar. 4284).
- STS de 24-5-1994 (Ar. 4297).
- STS 21-6-1994 (Ar. 6315).
- STS 7-7-1994 (Ar. 6351).
- STS 30-9-1994 (Ar. 7269).
- STS 5-10-1994 (Ar. 7749).
- STS 27-10-1994 (Ar. 8532).
- STS 2-11-1994 (Ar. 10336).

- STS 2-11-1994 (Ar. 10336).
- STS 20-12-1994 (Ar. 677/1995).
- STS 21-1-1995 (Ar. 2169).
- STS 3-2-1995 (Ar. 775).
- STS 6-2-1995 (Ar. 778).
- STS 6-2-1995 (Ar. 778).
- STS 17-3-1995 (Ar. 2385).
- STS 3-4-1995 (Ar. 2905).
- STS 17-5-1995 (Ar. 4445).
- STS 18-5-1995 (Ar. 5355).
- STS 12-6-1995 (Ar. 4894).
- STS 15-6-1995 (Ar. 5357).
- STS 19-6-1995 (Ar. 5203).
- STS 6-7-1995 (Ar. 5479).
- STS 14-7-1995 (Ar. 6258).
- STS15-7-1995 (Ar. 6262).
- STS 17-7-1995 (Ar. 6268).
- STS 24-7-1995 (Ar. 6334).
- STS 25-7-1995 (Ar. 6335).
- STS 31-7-1995 (Ar. 6725).
- STS 27-9-1995 (Ar. 6914).
- STS 29-9-1995 (Ar. 6926).
- STS 4-10-1995 (Ar.7584).
- STS 6-10-1995 (Ar.7200).
- STS 10-10-1995 (Ar.7678).
- STS 25-10-1995 (Ar.7873).
- STS 7-11-1995 (Ar. 8252).
- STS de 21-11-1995 (A.L. n°20/1996, ref. 807).
- STS 28-11-1995 (Ar. 8673).
- STS 26-12-1995 (Ar. 9845).
- STS 15-1-1996 (Ar. 105).
- STS 16-1-1996 (Ar. 191).
- STS 22-1-1996 (Ar. 4127).
- STS 22-1-1996 (Ar. 4128).
- STS 25-1-1996 (Ar. 199).
- STS 21-2-1996 (Ar. 3253).
- STS 18-3-1996 (Ar. 2082).
- STS 29-3-1996 (Ar. 2502).
- STS 30-3-1996 (Ar. 2505).
- STS 17-4-1996 (Ar. 3319).
- STS 23-4-1996 (Ar. 3401).
- STS 24-4-1996 (Ar. 5297).
- STS 10-5-1996 (Ar. 4390).
- STS 10-5-1996 (Ar. 4390).
- STS 13-5-1996 (Ar. 4393).
- STS 14-5-1996 (Ar. 4396).
- STS 14-5-1996 (Ar. 4400).

- STS 14-5-1996 (Ar. 4400).
- STS 17-5-1996 (Ar. 4471).
- STS 21-5-1996 (Ar. 4604).
- STS 22-5-1996 (Ar. 4607).
- STS 22-5-1996 (Ar. 4607).
- STS 23-5-1996 (Ar. 4611).
- STS 3-6-1996 (Ar. 4874).
- STS 12-6-1996 (Ar. 5063).
- STS 12-6-1996 (Ar. 5065).
- STS 14-6-1996 (Ar. 5162).
- STS 17-6-1996 (Ar. 5168).
- STS 20-6-1996 (Ar. 5218).
- STS 20-6-1996 (Ar. 5219).
- STS 22-6-1996 (Ar. 5226).
- STS 22-6-1996 (Ar. 5226).
- STS 24-6-1996 (Ar. 5298).
- STS 24-6-1996 (Ar. 5300).
- STS 26-6-1996 (Ar. 5309).
- STS 26-6-1996 (Ar. 5309).
- STS 4-7-1996 (Ar. 5403).
- STS 10-7-1996 (Ar. 6366).
- STS 18-7-1996 (Ar. 6165).
- STS 19-7-1996 (Ar. 6371).
- STS 27-7-1996 (Ar. 6425).
- STS 27-7-1996 (Ar. 6425).
- STS 24-9-1996 (Ar. 6852).
- STS 9-10-1996 (Ar. 7609).
- STS 4-11-1996 (Ar. 8402).
- STS 6-11-1996 (Ar. 8408).
- STS 6-11-1996 (Ar. 8408).
- STS 13-11-1996 (Ar. 8614).
- STS 16-11-1996 (Ar. 9448).
- STS 16-11-1996 (Ar. 9448).
- STS 22-11-1996 (Ar. 8989).
- STS 5-12-1996 (Ar. 9062).
- STS 11-12-1996 (Ar. 9619).
- STS 23-12-1996 (Ar. 9849).
- STS 15-1-1997 (Ar. 33).
- STS 16-1-1997 (Ar. 498).
- STS 16-1-1997 (Ar. 499).
- STS 29-1-1997 (Ar. 641).
- STS 29-1-1997 (Ar. 641).
- STS 4-2-1997 (Ar. 973).
- STS 10-2-1997 (Ar. 1254).
- STS 4-3-1997 (Ar. 2242).
- STS 13-3-1997 (Ar. 2894).
- STS 20-3-1997 (Ar. 2606).

- STS 21-3-1997 (Ar. 2610).
- STS 17-4-1997 (Ar. 3207).
- STS 28-4-1997 (Ar. 4223).
- STS 29-4-1997 (Ar. 3555).
- STS 30-4-1997 (Ar. 3560).
- STS 20-5-1997 (Ar. 4106).
- STS 22-5-1997 (Ar. 4419).
- STS 29-5-1997 (Ar. 4472).
- STS 9-6-1997 (Ar. 4690).
- STS 14-7-1997 (Ar. 5572).
- STS 22-9-1997 (Ar. 6575).
- STS 22-9-1997 (Ar. 6575).
- STS 24-9-1997 (Ar. 6850).
- STS 25-9-1997 (Ar. 6621).
- STS 9-10-1997 (Ar. 7195).

4. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- STSJ de La Rioja 29-9-92 (Ar. 4273).
- STSJ de Asturias 15-10-92 (Ar. 4971).
- STSJ del País Vasco 2-12-92 (Ar. 6025).
- STSJ del País Vasco 15-12-1992 (Ar. 6226).
- STSJ de Cataluña de 3-2-1993 (Ar. 786).
- STSJ de Andalucía 18-3-1993 (Ar. 1332).
- STSJ del País Vasco 1-6-1993 (Ar. 2853).
- STSJ del País Vasco 14-6-1993 (Ar. 2859).
- STSJ de Castilla/León de 15-6-1993 (Ar. 2801).
- STSJ de Aragón (Ar. 2904).
- STSJ de Castilla-León 22-6-1993 (Ar. 2811).
- STSJ de Extremadura 26-7-1993 (Ar. 3247).
- STSJ de Galicia de 1-10-1993 (Ar. 4238).
- STSJ de Canarias 30-12-1993 (Ar. 5237).
- STSJ de Cataluña 10-1-1994 (Ar. 140).
- STSJ de Navarra 21-1-1994 (Ar. 20).
- STSJ de Castilla-León 15-2-1994 (Ar. 484).
- STSJ de Castilla-León 12-4-1994 (Ar. 1733).
- STSJ de Canarias 19-4-1994 (Ar. 1627).
- STSJ de Cataluña 14-5-1994 (Ar. 1265).
- STSJ de Galicia 24-5-1994 (Ar.2265).
- STSJ de Cataluña 10-6-1994 (Ar. 2554).
- STSJ de Cataluña 16-6-94 (Ar. 2576).
- STSJ Andalucía de 27-7-1994 (Ar. 2936).
- STSJ de Cantabria 30-7-1994 (Ar. 2993).
- STSJ de Cantabria 30-7-94 (Ar. 2991).
- STSJ de Castilla-León de 27-9-1994 (Ar. 3456).
- STSJ de Aragón 26-10-1994 (Ar. 3774).
- STSJ de Navarra 27-10-1994 (Ar. 3771).

- STSJ de Navarra 27-10-1994 (Ar. 3771).
- STSJ del País Vasco 1-12-1994 (Ar. 4981).
- STSJ del País Vasco de 1-12-1994 (Ar. 4981)
- STSJ de Madrid 26-1-1995 (Ar. 409).
- STSJ de Castilla/León 17-2-1995 (Ar. 626).
- STSJ de Murcia 24-2-1995 (Ar. 855)
- STSJ de La Rioja de 6-3-1995 (Ar. 871).
- STSJ de Castilla-León/Valladolid 18-3-1995 (Ar. 458).
- STSJ Andalucía/Málaga 20-3-1995 (Ar. 1026).
- STSJ de Cataluña 29-3-1995 (Ar. 1159).
- STSJ de Asturias 24-4-1995 (Ar. 1450).
- STSJ Baleares 1-5-1995 (Ar. 1783).
- STSJ de Castilla León 2-5-1995 (Ar. 2037).
- STSJ de Galicia 9-5-1995 (Ar. 1893).
- STSJ de Galicia 9-5-1995 (Ar. 1893).
- STSJ de Galicia de 9-5-1995 (Ar. 1893).
- STSJ de Cataluña de 12-5-1995 (Ar. 1964).
- STSJ de Madrid 16-5-1995 (Ar. 2210).
- STSJ de Castilla/León de 24-5-1995 (Ar. 2029).
- STSJ de Cataluña 9-6-1995 (Ar. 2382).
- TSJ de Baleares de 29-6-1995 (Ar. 2264).
- STSJ de Extremadura 26-7-1995 (Ar. 2718).
- STSJ de Canarias/Las Palmas 27-7-1995 (Ar. 3010).
- STSJ de Andalucía 25-9-1995 (Ar. 3373).
- STSJ de Andalucía 25-9-1995 (Ar. 3373).
- STSJ Baleares de 9-10-1995 (Ar. 3628).
- STSJ Baleares 26-10-1995 (Ar. 3633).
- STSJ de La Rioja 15-11-1995 (Ar. 4246).
- STSJ Cataluña 17-11-1995 (Ar. 4469)
- STSJ de Cataluña 3-1-1996 (Ar. 831).
- STSJ Aragón 14-2-1996 (Ar. 229).
- STSJ de Aragón de 28-2-1996 (Actualidad Laboral, nº 23, 1996, marginal 933).
- STSJ de Murcia de 15-3-1996 (Ar. 579).
- STSJ de Baleares 23-4-1996 (Ar. 1368).
- STSJ de Cataluña 10-5-1996 (Ar. 1642).
- STSJ de la Rioja de 16-5-1996 (Ar. 1499).
- STSJ de Canarias/Las Palmas 21-5-1996 (Ar. 1627).
- STSJ del País Vasco de 24-5-1996 (Ar. 3128).
- STSJ Cataluña 9-9-1996 (Ar. 4439).
- STSJ Cantabria de 11-9-1996 (Ar. 2800).
- STSJ Cantabria de 11-9-1996 (Ar. 2800).
- STSJ de La Rioja de 15-10-1996 (Ar. 3674).
- STSJ de la Com. Valenciana 18-10-1996 (Ar. 3002).
- STSJ de Madrid 24-10-1996 (Ar. 4233).
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 3-12-1996 (Ar. 4111).
- STSJ del País Vasco de 28-1-1997 (Ar. 110).

5. Juzgados de lo Social.

- Sentencia de 14-2-1994, del Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva, (Actualidad Laboral nº 21, 1994).
- Sentencia de 8-9-1994, del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid, (Actualidad Laboral nº 48, 1995).
- Sentencia de 12-6-1995, del Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, (Actualidad Laboral, nº 40, 1995).
- Sentencia de 9-8-1995, del Juzgado de lo Social nº 1 de Almería (Actualidad Laboral nº 41, 1995).
- Sentencia de 23-1-1997, del Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, original mecanografiado.
- Sentencia de 3-4-1997, del Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, original mecanografiado.

CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

- Convenio Colectivo de ADIA Intergrup, E.T.T. (B.O.E. 30 de abril de 1994).
- Convenio Colectivo de Manpower Team, E.T.T. (B.O.E. 1 de noviembre de 1994).
- Convenio Colectivo de ECCO, T.T., E.T.T. (B.O.E. 4 de noviembre de 1994).
- Convenio Colectivo de Temps, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 21 de diciembre de 1994).
- Convenio Colectivo de Trabajo y Empleo de Trabajo Temporal, E.T.T. (B.O.P. Almería de 19 de diciembre de 1994).
- Convenio Colectivo de People Justo a Tiempo, E.T.T. (B.O.E. 5 de enero de 1995).
- Convenio Colectivo de Nueva Cadegesa, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 24 de enero de 1995).
- Convenio Colectivo de Grupo Europeo de Recursos Humanos, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 24 de enero de 1995).
- Acuerdo de revisión salarial del Convenio Colectivo de Grupo Europeo de Recursos Humanos, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 24 de enero de 1995).
- Convenio Colectivo de Administración, Gestión, Información y Organización, AGIO T.T., E.T.T. (B.O.E. 1 de febrero de 1995)
- Convenio Colectivo de Laborman, E.T.T. (B.O.E. 2 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de Administración y Gestión de personal, E.T.T. (B.O.P. Málaga de 6 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de Dalgo Grup, E.T.T. (D.O.G. Valenciana 15 de mayo de 1995).
- Convenio Colectivo de Alta Gestión, E.T.T. (B.O.E. de 10 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de Fidelio, E.T.T. (B.O. Navarra de 13 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de Gestión Temporal De Recursos Humanos, E.T.T. (B.O. Navarra de 15 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de ADIM, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 21 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de Cemetra, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 21 de febrero de 1995).
- Convenio Colectivo de Grupo Europeo de Recursos Humanos (B.O.C. Madrid 7 de marzo de 1995).
- Convenio Colectivo de Faster Ibérica, E.T.T. (10 de marzo de 1995).
- Convenio Colectivo de People Málaga, E.T.T. (B.O.P. Málaga de 16 de marzo de 1995).
- Convenio Colectivo de Grup Quatre Selecció, E.T.T. (D.O.G. Cataluña de 20 de marzo de 1995).
- Acuerdo de adhesión de Progreso de la Gestión Empresarial, E.T.T. al Convenio Colectivo de ADDIA Intergrup, E.T.T. (D.O. Galicia 20 de marzo de 1995).
- Convenio Colectivo de ELAN Servicios Empresariales, E.T.T. (B.O.P. Guipúzcoa de 28 de marzo de 1995).
- Acuerdo de adhesión de People Extremadura, E.T.T. al Convenio Colectivo de People Justo a Tiempo, E.T.T. (B.O.P. Badajoz de 29 de marzo de 1995).
- Convenio Colectivo de Teamwork, E.T.T. (B.O.E. de 5 de abril de 1995).
- I Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (B.O.E. 21 de abril de 1995).
- Convenio Colectivo de Tempo Grup, E.T.T. (D.O.G. Cataluña de 28 de abril de 1995).

- 1995).
- Convenio Colectivo de Servicio y Organización del Secretariado, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995). , E.T.T.(B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995).
 - Convenio Colectivo de Ofipema, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995).
 - Convenio Colectivo de Gonzal Gestión, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 1 de mayo de 1995).
 - Acuerdo de adhesión de People Murcia E.T.T. al Convenio Colectivo de People Justo a Tiempo, E.T.T. (B.O.E. 9 de mayo de 1995).
 - Convenio Colectivo de Dalgo Grup 2000, E.T.T. (D.O.G. Valenciana 15-5-1995).
 - Convenio Colectivo de Bicolán, E.T.T. (B.O.E. de 24 de mayo de 1995).
 - Convenio Colectivo de Humangroup Quality, E.T.T. (B.O.C. Madrid de 29 de mayo de 1995).
 - Convenio Colectivo de Consultores de Empleo, E.T.T. (B.O.E. 7 de junio de 1995).
 - Acuerdo sobre renuncia a la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa ECCO, E.T.T. (B.O.E. de 7 de junio de 1995).
 - Acuerdo de adhesión de Consultores de Empleo, E.T.T., al Convenio Colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal (B.O.E. 22 de julio de 1995).
 - Revisión Salarial del Convenio Colectivo de ADIM, E.T.T., (B.O.C. Madrid de 26 de julio de 1995).
 - Convenio Colectivo de Administración, Gestión, Información, Organización, AGIO, T.T., E.T.T. (B.O.E. 11 de abril de 1996).
 - Acuerdo de adhesión de People Zaragoza, E.T.T. al I Convenio Colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal (B.O.E. 12 de abril de 1996).
 - Acuerdo entre las organizaciones empresariales A.C.E.T.T., A.E.T.C.C.A., A.N.E.T.T. y G.E.E.S.T.A. y los sindicatos C.C.O.O. y U.G.T. para constituir un organismo paritario en el ámbito del sector de las E.T.T. de Cataluña (D.O.G.C. 9 de diciembre de 1996).
 - II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (B.O.E. 10 de febrero de 1997).
 - Convenio Colectivo de Faster Ibérica, E.T.T., (B.O.E. de 25 de febrero de 1997).
 - Acuerdo sobre modificaciones y aportaciones al Convenio Colectivo de AGIO, T.T. , E.T.T. (B.O.E. de 28 de abril de 1997).
 - Acuerdo Catalán de empresas de trabajo temporal para los años 1997-1999 (D.O.G. Cataluña 20 de noviembre de 1997).