

Abdón Pedrajas

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

[www.abdonpedrajas.com](http://www.abdonpedrajas.com)

# boletín LABORAL

**EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: NUEVA REGULACIÓN COMUNITARIA E INCIDENCIA DE LA MISMA SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. (Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 Noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal).**

**Abdón Pedrajas Moreno**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Socio Director Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios

**Tomás Sala Franco**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Director de Formación Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios

Madrid, Enero 2009

boletín LABORAL

Abdón Pedrajas

## INDICE

- 1.- ENTRADA EN VIGOR , PERÍODO DE TRASPOSICIÓN Y REVISIÓN DE LA DIRECTIVA.
- 2.- OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA.
- 3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- 4.- LAS DEFINICIONES.
- 5.- LAS PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DE UTILIZACIÓN DE LAS ETT.
- 6.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.
- 7.- LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS.
- 8.- LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS.
- 9.- LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA CEDIDA.
- 10.- LA NATURALEZA IMPERATIVA MÍNIMA DE LA DIRECTIVA.
- 11.- EL SISTEMA SANCIONATORIO.
- 12.- INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA VIGENTE EN MATERIA DE ETTs.

**LA DIRECTIVA 2008/104/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2008, RELATIVA AL TRABAJO A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**

**1.- Entrada en vigor, periodo de trasposición y revisión de la Directiva.-** Tras un largo proceso plagado de dificultades que se inició el 27 de septiembre de 1995, con una consulta de la Comisión Europea a los interlocutores sociales, se ha aprobado y publicado finalmente la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT).

La entrada en vigor de la Directiva comenzó al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esto es, el 6 de diciembre de 2008 (Art. 13).

La Directiva fija como fecha límite para su trasposición por los Estados miembros la del 5 de Diciembre de 2011 (Art. 14).

La Directiva prevé la posibilidad de que, a más tardar el 5 de Diciembre de 2013, la Comisión Europea, tras consultar con los Estados miembros y los interlocutores sociales, proponga modificaciones al texto de la misma (Art. 12).

**2.- Objetivos de la Directiva.-** Los objetivos de la Directiva aparecen explicitados en el Art. 2 al señalar que la Directiva persigue cohonestar las necesidades de flexibilidad de las empresas en la utilización de trabajadores y de creación de puestos de trabajo y la protección de los trabajadores de ETT cedidos a empresas usuarias, garantizándoles el respeto del principio de igualdad de trato con los trabajadores contratados directamente por estas últimas. Si bien, como luego se verá, este principio es objeto de recortes en el propio texto de la Directiva (ver infra).

**3.- Ámbito de aplicación.-** El ámbito de aplicación de la Directiva viene referido al régimen jurídico de los trabajadores contratados por las ETT y puestos a disposición de empresas usuarias para trabajar temporalmente bajo su dirección y control (Art. 1.1).

La Directiva es de aplicación en el ámbito de las empresas privadas y de las empresas públicas, incluidas las Administraciones Públicas, con independencia de que tengan o no un fin lucrativo (Art. 1.2). La no exclusión de las Administraciones Públicas plantea ciertamente dificultades para cohonestar la utilización de las ETTs con los principios de igualdad de trato, capacidad y mérito que rigen en la selección del personal en el sector público.

Solamente se permite a los Estados miembros que puedan excluir los contratos de trabajo suscritos en el marco de un programa, público o apoyado por los poderes públicos, para la formación, inserción y reconversión profesionales (Art. 1.3).

Por lo demás, la Directiva no permite excluir de su ámbito a los trabajadores contratados por las ETT a tiempo parcial (Art. 3.2).

**4.- Las definiciones.-** Como es usual en las Directivas comunitarias, el Art. 4 procede a dar una serie de definiciones, de gran utilidad para la homogeneización y armonización de las diferentes legislaciones de los Estados miembros.

Así sucede con las definiciones de:

- Trabajador
- ETT
- Trabajador cedido por una ETT
- Empresa usuaria
- Misión
- Condiciones esenciales de trabajo y empleo

Ninguna de estas definiciones difiere sustancialmente de la realidad legal española vigente, si bien la referida a las “*condiciones esenciales de trabajo y empleo*” resulta funcional para el correcto entendimiento posterior del contenido material de la Directiva. Dentro de ellas se incluye la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas, los días festivos y la remuneración.

**5.- Las prohibiciones o restricciones de utilización de las ETT.-** La Directiva únicamente permite que los Estados miembros excluyan o restrinjan la utilización de ETT *“por razones de interés general”* y, en particular, por *“exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo”* o por *“la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y evitar posibles abusos”* (Art. 4.1).

Antes del 5 de Diciembre de 2011, los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán revisar las prohibiciones o restricciones existentes (tanto las legales o reglamentarias como las convencionales) para comprobar si siguen estando justificadas por las razones anteriores, debiendo comunicar los resultados de la revisión a la Comisión Europea (Art. 4.2.3 y 5).

Estas restricciones no vienen referidas en ningún caso a las exigencias de un Estado miembro en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las ETT que las normas nacionales puedan establecer (Art. 4.4).

**6.- El principio de igualdad de trato.-** La Directiva establece el *“principio de igualdad de trato”* al señalar que las *“condiciones esenciales de trabajo y empleo”* (ver supra) de los trabajadores cedidos por las ETT a una empresa usuaria *“serán, por lo menos, las que corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto”* (Art. 5.1).

El principio de igualdad de trato alcanzará también a *“la protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia y de los niños y jóvenes”* y a *“la igualdad de trato por razón de sexo, raza, origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad y orientación sexual”*, de modo que las normas vigentes en la empresa usuaria sobre estas materias deberán respetarse respecto de los trabajadores cedidos (Art. 5.1).

En materia de *“remuneraciones”*, los Estados miembros solamente podrán establecer excepciones al principio de igualdad de trato cuando los trabajadores cedidos estén contratados por la ETT con un contrato indefinido y continúen siendo remunerados en el periodo comprendido entre dos misiones y no, *“a contrario sensu”*, respecto de los trabajadores con contratos temporales (Art. 5.2).

Por otra parte, podrá eludirse la aplicación del principio de igualdad de trato respecto de las *“condiciones esenciales de trabajo y empleo”* (incluidas las remuneraciones) cuando *“siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por ETTs”*, pudiendo fijarse un plazo para alcanzar la igualdad de trato (Art. 5.3).

La Directiva, *“siempre que se respete un nivel de protección adecuado”*, da también libertad a los Estados miembros para incluir o no dentro de las *“condiciones esenciales de trabajo y empleo”* y, por ello, dentro del principio de igualdad de trato, a *“los regímenes profesionales de Seguridad Social, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera”* (Art. 5.4).

Finalmente, con carácter general y con una importante carga de ambigüedad, indica la Directiva que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva”* de estas exclusiones al principio de igualdad de trato (Art. 5.5).

No se acierta a entender la razón que, más allá de favorecer exclusivamente la economía de las empresas (ETTs y empresas usuarias), ha llevado a la Directiva a fijar tan desmesuradas posibilidades de inaplicación del principio de igualdad de trato, por lo demás aceptado paralelamente en las Directivas sobre Trabajo a Tiempo Parcial y sobre Contratos de Duración Determinada. Lo cierto es que con ello se abre la puerta a la precariedad de las relaciones laborales de los trabajadores contratados por las ETTs y cedidos a las empresas usuarias.

**7.- Los derechos de los trabajadores cedidos.-** El Art. 6 de la Directiva establece un listado de aquellos derechos que los Estados miembros habrán de respetar en todo caso a los trabajadores cedidos:

1º) En primer lugar, el derecho a ser informados de las plazas vacantes en la empresa usuaria, mediante anuncio expuesto en lugar adecuado de la misma (Art. 6.1).

2º) En segundo lugar, el derecho a formalizar un contrato de trabajo con la empresa usuaria tras la expiración de su puesta a disposición o misión, siendo nulas las cláusulas contrarias al mismo (Art. 6.2).

3º) En tercer lugar, las ETTs no podrán exigir a los trabajadores cedidos el pago de honorarios por haber gestionado su posterior contratación por una empresa usuaria al finalizar la misión (Art. 6.3).

4º) En cuarto lugar, el derecho a acceder a las instalaciones o servicios comunes de la empresa usuaria (servicios de comedor, guardería y transporte) en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por ella, *“a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente”* (Art. 6.4).

5º) En quinto lugar, el derecho a que los Estados miembros *“mejoren el acceso de los trabajadores cedidos por una ETT a la formación y a los servicios de guardería infantil de las ETTs, incluso durante los periodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo”* (Art. 6.5).

6º) En sexto lugar, el derecho a que los Estados miembros mejoren *“el acceso de los trabajadores cedidos a la formación disponible para los trabajadores de la empresa usuaria”* (Art. 6.5).

Por lo demás, las disposiciones aplicables en materia de seguridad y salud laboral a los trabajadores cedidos por las ETTs se encuentra en la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se establecen las medidas tendentes a promover la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de una ETT.

**8.- Los derechos de representación de los trabajadores cedidos.-** La Directiva viene a establecer un doble derecho de los trabajadores cedidos en este orden (Art. 7):

- a) De una parte, se reconoce por la Directiva que los trabajadores cedidos “*serán*” tenidos en cuenta para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse en la ETT órganos de representación de los trabajadores.
  
- b) De otra parte, se señala que “*los Estados miembros podrán prever en las condiciones definidas por ellos*” que los trabajadores cedidos sean tenidos en cuenta para el cálculo del umbral a partir del cual proceda constituir en la empresa usuaria órganos de representación de los trabajadores.
  
- c) En todo caso, los Estados que se acojan a esta última opción no tendrán la obligación de aplicar la primera.

**9.- Los derechos de información de los representantes de los trabajadores de la empresa cedida.-** La empresa usuaria deberá proporcionar la información apropiada sobre el recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETTs cuando trasmita información sobre la situación del empleo en la empresa a los representantes de los trabajadores de la misma (Art. 8).

**10.- La naturaleza imperativa mínima de la Directiva.-** La Directiva posee naturaleza de norma mínima imperativa, por lo que los Estados miembros podrán introducir disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y convencionales más favorables para los trabajadores cedidos (Art. 9).

**11.- El sistema sancionatorio.-** Los Estados miembros establecerán un sistema de sanciones “*adecuadas*” para las ETTS y empresas usuarias que incumplan la Directiva con procedimientos judiciales o administrativos igualmente adecuados (Art. 10.1), debiendo ser las sanciones establecidas “*efectivas, apropiadas y disuasorias*” (Art. 12.2).

**12.- Incidencia de la Directiva en la legislación española vigente en materia de ETTs.-** La mayor parte de los preceptos establecidos por la Directiva son cumplidos en nuestra legislación. Así sucede con la mayor parte de los derechos de los trabajadores cedidos establecidos en el Art. 6 o con los derechos de representación de los trabajadores cedidos y de los trabajadores de la empresa usuaria de los Arts. 7 y 8.

Es, sin embargo, en lo relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato en las *“condiciones esenciales de trabajo y empleo”* (tiempo de trabajo, aplicación del principio de no discriminación por una serie de causas y remuneración),- donde la Ley española deberá modificarse para aplicar un principio de igualdad de trato más estricto que el actualmente existente, dado que el Art. 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETTs, no se refiere expresamente a todas las *“condiciones esenciales de trabajo y empleo”* en el sentido de la Directiva (las condiciones referidas al tiempo de trabajo y a la aplicación del principio de no discriminación no aparecen en el texto legal) y, en cuanto a la remuneración, se excluye de la equiparación salarial del trabajador cedido y del trabajador contratado directamente por la empresa usuaria a la parte de la remuneración que no responda a una unidad de tiempo (Art. 11.1 de la Ley 14/1994), distinción que no hace la Directiva.

Por otro lado, habrá que incluir expresamente en la Ley española dentro de los derechos de los trabajadores cedidos por las ETTs los referidos al acceso de los mismos a la formación y a los servicios de guardería infantil de las ETTs y al acceso a la formación disponible por la empresa usuaria para sus trabajadores.

Por lo demás, la Directiva permitiría revisar la restrictiva regulación de las ETTs efectuada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, cuya Disposición Adicional Quinta señala que *“no podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”*.

El presente documento recoge información relativa a novedades normativas y/o jurisprudenciales. Las opiniones en él contenidas no constituyen asesoramiento profesional o jurídico.

© Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.C. Quedan reservados todos los derechos prohibiéndose la explotación, reproducción, comunicación pública y transformación, total o parcial, sin la pertinente autorización de Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.C. (Madrid – Tel. +34 91 590 39 94; Barcelona - Tel. +34 93 209 29 67).