

LA ARMONIZACIÓN DEL TRABAJO ATÍPICO EN LA
COMUNIDAD EUROPEA: DE LA DIRECTIVA 2008/104/CE
A LA REFORMA LABORAL EN ESPAÑA

MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO
Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

1. EL CONCEPTO DE TRABAJO ATÍPICO

A la hora de considerar el proceso armonizador de la Unión Europea, hemos de destacar el importante papel desempeñado por la normativa relacionada con el trabajo atípico. Si bien, el tratamiento que el trabajo atípico ha recibido en el acervo comunitario, dadas las dificultades de proceder a su regulación, ha venido determinado por la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Podemos definir el “trabajo atípico” como un concepto que engloba una diversidad de formas de prestación de servicios por cuenta ajena, cada una de las cuales diferente al resto, que se engloban como una categoría

unitaria por exclusión o por oposición¹. Esta definición, podríamos decir, proviene de la oposición al trabajo considerado normal u ordinario, es decir, al trabajo "típico". Por tanto, toda forma de trabajar que no se encuentre dentro de los parámetros habituales en la organización del trabajo ordinario se consideraría trabajo atípico.

La construcción del concepto de trabajo atípico responde a una iniciativa fundamentalmente comunitaria, refiriéndose con este término a "formas de empleo diferentes al contrato de trabajo de duración indefinida y por tiempo completo". De este modo, este concepto se contrapone al de empleo de duración indefinida y a tiempo completo. Por tanto, sería empleo atípico el de duración determinada y a tiempo parcial, también lo es el que se organiza con la intermediación de Empresas de Trabajo Temporal, y, por último, se considera trabajo atípico el que se desempeña fuera del centro de trabajo, a distancia, por ejemplo, desde el domicilio del trabajador, mediante el uso de procedimientos telemáticos; esto es, el teletrabajo.

Ahora bien, hemos de considerar, en el proceso de delimitación del trabajo atípico, que no podemos identificar el trabajo atípico con las modalidades contractuales o con el empleo irregular. Es decir, el trabajo ilegal, que no cumple los requisitos establecidos en la legislación laboral no puede considerarse trabajo atípico.

La noción de trabajo atípico es principalmente descriptiva, explicando la realidad de los mercados de trabajo contemporáneos; así lo fue en sus orígenes, cuando efectivamente estas formas de empleo eran minoritarias, y el trabajo típico ocupaba la mayoría del empleo. Hoy este carácter es más discutible, cuando la proporción entre ambos tipos de ocupación ha cambiado radicalmente, y las modalidades antes consideradas excepcionales o mi-

¹ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO y PÉREZ GUERRERO, *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Tecras, 2011.

noritarias ocupan nichos muy importantes del mercado de trabajo, en algunos países superando al tradicional. En España es difícil hablar de trabajo atípico, por ejemplo, cuando en algunas regiones se llega al 50% del empleo por estas vías.

Pero también hay en esta noción un elemento valorativo, de preferencia, otorgando al trabajo típico la mejor posición; en definitiva, la forma de empleo hacia la que hay que avanzar, por cuanto aporta seguridad y estabilidad. Es el considerado "modelo tradicional" de derecho del trabajo o "contrato de trabajo clásico"².

Por tanto, es el trabajo atípico una modalidad de empleo que se debe controlar y contra la que hay que luchar, reservándose sólo para situaciones extraordinarias y buscando siempre el objetivo de la inserción en el empleo del colectivo al que va dirigido. Y, sin embargo, es esta forma de trabajo la que aporta la tan ansiada flexibilidad en el mercado de trabajo que reclaman los empresarios y los analistas de las relaciones laborales, como medida para salir de la crisis. Por ello, la garantía de los derechos de los trabajadores inmersos en una relación de trabajo atípica ha constituido un objetivo en el derecho comunitario, que se ha visto representado por las diferentes directivas que han ido dirigidas a la regulación del trabajo atípico.

Por eso es normal que las leyes laborales afirmen que el trabajo atípico sólo se podrá utilizar cuando la ley lo admita; y que la sanción por el uso irregular de modalidades contractuales sea la conversión en contrato indefinido.

² Así lo hace también el Libro Verde "Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI" (de 22 de noviembre de 2006, COM 2006, 708; Vid. en este sentido VALDÉS DAL RE, "El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares", en *Relaciones Laborales*, nº3, 2009, pág. 40.

2. LA ARMONIZACIÓN DEL TRABAJO ATÍPICO EN EL DERECHO COMUNITARIO

El trabajo atípico ha constituido una de las primeras líneas de actuación de las instituciones comunitarias en el campo de la política social. A principios de los años setenta del siglo XX surgieron las primeras acciones comunitarias en éste ámbito, si bien, no tuvieron demasiado éxito, debido a la resistencia de las legislaciones europeas, que apostaron claramente por la defensa del empleo fijo y por las restricciones a estas modalidades alternativas.

Una de las primeras menciones al tratamiento del trabajo atípico es posible encontrarlo en el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad de 1974, cuyo objetivo fue "la realización del pleno y mejor empleo a nivel comunitario, nacional y regional"³. Así, durante los años ochenta, la Comisión inició un proceso legislativo para la regulación de las diferentes modalidades del denominado trabajo atípico; elaborando para ello tres propuestas de directivas que versarían sobre el contrato de duración determinada, el contrato en misión y el contrato a tiempo parcial.

Concretamente las acciones de la Comisión para la regulación armonizada del trabajo atípico comenzaron en 1982, cuando se presentó la propuesta de Directiva sobre contratos a tiempo parcial; a lo que se añadió el texto de la propuesta de Directiva para la regulación del trabajo temporal, incluyendo en éste tanto el trabajo en misión como el de duración determinada. Ambas propuestas resultaron modificadas años después sin que tuvieran ningún éxito.

En todos estos intentos de regulación del trabajo atípico el denominador común era precisamente la valoración negativa del trabajo atípico; que dejaba entrever precisamente la un intento de proteger el empleo estable,

³ Vic. Sobre el tema, de nuevo, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO y PÉREZ GUERRERO, *ibídem*.

es decir, de duración indefinida y a tiempo completo, como objetivo de las instituciones comunitarias para los Estados Miembros.

El continuo fracaso que experimentaron estas propuestas determinaron que la Comisión hubiera de cambiar su estrategia, para lo que presentó en 1990 tres proposiciones de directivas sobre diversos aspectos del trabajo atípico. La existencia de nuevas bases competenciales en el Tratado de Roma, que abrían la posibilidad de una aprobación de directivas laborales por mayoría cualificada en ciertos supuestos, facilitó que al menos una de las propuestas fuera aprobada, como la Directiva del Consejo por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal; 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991; DOCE serie L nº 206, de 29 de julio de 1991.

Aplicando la técnica normativa utilizada en la legislación sobre prevención de riesgos laborales, esta Directiva partió de la consideración del trabajo atípico como un factor de riesgos que daba lugar a un incremento de la siniestralidad laboral. Este cambio de perspectiva permitió a la Directiva prosperar, si bien, no llegaba a constituir una auténtica regulación del trabajo atípico.

El procedimiento utilizado fue el de la elaboración de Acuerdos Marco, permitidos por el Trabajo de Maastricht primero y el de Ámsterdam después, que fueron convirtiéndose en Directivas por los procedimientos previstos en los Tratados constitutivos. Así, se firmaron los siguientes Acuerdos:

- Acuerdo sobre el Trabajo a tiempo parcial de 1997, que se tradujo en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, D.O. de la Unión Europea de 20 de enero de 1998;

– también hubo acuerdo y directiva sobre contratos de duración determinada en 1999; en concreto, la Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la UNICE, el CEEP y la CES sobre el trabajo de duración determinada, D.O. de la Unión Europea de 10 de julio de 1999;

– hubo acuerdos europeos que no vinieron acompañados de una norma comunitaria de aplicación, ya que las organizaciones firmantes prefirieron que se aplicaran directamente como una norma colectiva; así ocurrió con el Acuerdo marco sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002 entre la CES, la UNICE/UEAPME y la CEEP; que fue seguido por otros sectoriales sobre el teletrabajo en el comercio

El caso de las relaciones triangulares, es decir, del trabajo prestado a través de ETT, también llamado trabajo en misión, el proceso fue más complicado, porque en este caso no existió Acuerdo de los interlocutores sociales europeos, lo que llevó a la Comisión Europea a retomar la iniciativa elaborando propuestas de directiva que, tras una compleja tramitación, dieron lugar a la aprobación de una Directiva ordinaria sobre esta forma de empleo. Se trata de 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, D.O. de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2008.

No podemos olvidar, sin embargo, que en el debate de la flexiguridad, como modelo de ordenación de las relaciones laborales, es preciso considerar que el denominado trabajo típico o modelo tradicional de relación de trabajo, debe adaptarse también a los constantes cambios tecnológicos, económicos, demográficos u organizativos de nuestra sociedad; evitando que esta

regulación suponga un obstáculo a la tan ansiada modernización del derecho del trabajo.

3. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO

3.1. ANTECEDENTES. EL DERECHO EUROPEO SOBRE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El trabajo a tiempo parcial presenta una gran importancia en el mercado de trabajo europeo. Se vincula, además, con las políticas de empleo. También es una forma de empleo fuertemente feminizada, de tal modo que un trato desigual y perjudicial contra los trabajadores a tiempo parcial ha sido considerado por el Tribunal de Justicia como una posible discriminación prohibida por el Derecho Comunitario, de acuerdo con la lógica de la discriminación indirecta:

- el derecho comunitario no dice nada sobre cómo tratar a los trabajadores a tiempo parcial;
- pero sí prohíbe la discriminación por razón de sexo;

- una mayoría de las personas contratadas mediante contratos a tiempo parcial son mujeres;

- luego un trato discriminatorio contra los empleados a tiempo parcial es, en realidad, una discriminación contra la mujer, prohibido por el Derecho europeo.

Las instituciones comunitarias han estado desde principios de los años 80 del siglo XX intentando aprobar una directiva sobre esta forma de empleo, sin éxito en todos los casos. El final de este proceso fue la aprobación de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

La Directiva 97/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial constituyó un desarrollo de lo previsto en el protocolo

social del Trabajo de la Unión Europea. En éste se preveía la posibilidad de que se puedan adoptar medidas de intervención comunitaria en materia social por medio de acuerdos entre los interlocutores sociales europeos, medidas que posteriormente podrán adoptar la forma de normas comunitarias "clásicas", a través de su recepción y procesamiento a través del procedimiento legislativo comunitario.

De esta manera, la Directiva representó el apoyo de las instituciones comunitarias a la actuación negociada de los agentes sociales europeos en esta materia, suministrando "rango de ley" a lo pactado por éstos. De hecho, la Directiva tiene un único contenido normativo, un único mandato, el de obligar a los Estados Miembros a implementar el acuerdo adoptado por los interlocutores sociales, estableciendo el plazo y las condiciones para ello.

De la misma manera que se prevé la implementación convencional de la Directiva, el mismo Acuerdo prevé la posibilidad de que mediante otros acuerdos, celebrados a todos los niveles, se "adaptan y/o completan sus disposiciones de una manera que tenga en cuenta las necesidades específicas de los interlocutores sociales afectados".

Todas estas previsiones aparecen formalmente contenidas en una única cláusula la sexta, del Acuerdo, rubricada como "disposiciones de aplicación" del mismo. Entre éstas se recoge una remisión a la legislación, convenios y prácticas nacionales para la aplicación del Acuerdo (cláusula 6.5), en concreto para la prevención y resolución de los litigios y quejas que ésta origine.

3. 2. ASPECTOS GENERALES DE LA DIRECTIVA Y DEL ACUERDO

Ciñéndonos al contenido normativo del Acuerdo, éste comienza con una enumeración de sus objetivos,

que expresan muy bien la doble valoración del trabajo a tiempo parcial que ha estado siempre presente en el tratamiento comunitario de esta forma de empleo:

- a) garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial;
- b) facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores".

Esta doble valoración se observa también en el articulado del Acuerdo, en el que se combinan medidas claramente restrictivas del tiempo parcial con otras de fomento de éste.

3. 3. DEFINICIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

En realidad, lo más destacable del Acuerdo es la definición no del trabajo a tiempo parcial, sino de todo lo contrario, lo que éste denomina "trabajador a tiempo completo comparable", y a partir de su identificación va a organizar toda la regulación del trabajador a tiempo parcial. En concreto, se considera "trabajador a tiempo completo comparable" a un "trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias". En caso de que no exista un trabajador en estas condiciones para utilizarlo como referencia, el acuerdo señala que "la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con

la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

Una vez identificado este “trabajador a tiempo completo comparable”, el Acuerdo va a utilizarlo de dos formas diferentes:

Primero, para identificar la existencia de trabajo a tiempo parcial, que se define en función de éste: “se entenderá por trabajador a tiempo parcial a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como medida de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a tiempo completo comparable”.

Segundo, para establecer las condiciones de las que deberá disfrutar el trabajador a tiempo parcial, ya que se hace un reconocimiento de derechos por remisión, en términos relativos o comparativos.

El Acuerdo opta por una definición sumamente amplia de trabajo a tiempo parcial, que englobaría cualquier modalidad de jornada que se separara del canon definido por el trabajador comparable a jornada completa. El ámbito de aplicación coincide con el de los trabajadores a tiempo parcial así identificados. Ahora bien, el Acuerdo prevé la posibilidad de que se establezcan excepciones a esta regla general, cuando afirma que “los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales y/o interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales, podrán por razones objetivas, excluir total o parcialmente de las disposiciones del presente acuerdo a los trabajadores a tiempo parcial que trabajan de manera ocasional. Deberán reexaminarse periódicamente estas exclusiones a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan”.

3. 4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Como hemos apuntado al inicio de este apartado, resulta bastante llamativo cómo el Acuerdo y, por ende, la Directiva, residencian la protección del trabajador a tiempo parcial en el propio principio de igualdad y no discriminación, del que deriva toda la regulación de las condiciones de trabajo de estos trabajadores.

Así, observamos cómo el Acuerdo contiene una cláusula cuarta rubricada como “principio de no discriminación”, y en la que se contienen los elementos esenciales del estatuto jurídico de estos trabajadores. De forma general, se afirma que “por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente y por razones objetivas”.

Este principio general, que afecta a todas “las condiciones de empleo”, se reduce sin embargo, de manera considerable en disposiciones sucesivas. Así, y en primer lugar, el Acuerdo señala que “cuando resulte adecuado, se aplicará el principio *pro rata temporis*”, por lo que hay que entender que, como es corriente en la regulación del trabajo a tiempo parcial, se va a trabajar con dos principios de ordenación: igualdad en algunas condiciones y proporcionalidad en las demás. Parece que el articulado del Acuerdo pretende camuflar este doble pivote, poniendo énfasis en el primero, pero el resultado es criticable. Lo es porque no se especifica cuándo se utilizará esta técnica, respecto de qué condiciones, utilizándose en vez de ello un concepto jurídico indeterminado – “cuando resulte adecuado” – que tendrán que interpretar los Estados Miembros en el momento de trasponer la Directiva 97/81, pudiendo llegar a conclusiones diferentes, con lo

que el alcance armonizador de ésta se vería seriamente perjudicado. Se utiliza indebidamente, por otro lado, un término, el de *pro rata temporis*, que tiene un significado ya consolidado en el ámbito de la política de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social respecto de los trabajadores migrantes, pudiendo dar lugar a confusiones. Dicho principio, además, hace referencia a una realidad completamente distinta, a la duración de períodos de empleo, no a la duración de la jornada como es el caso del trabajo a tiempo parcial.

Este principio general aparece además limitado de al menos dos formas:

Los Estados miembros y los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación del principio de no discriminación, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

Cuando existan “razones objetivas que lo justifiquen”, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían, por tanto, reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4.

3. 5. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y LA REGLA DE LA VOLUNTARIEDAD

Además de los principios ya señalados, en el Acuerdo aparecen reconocidos algunos otros derechos para los

trabajadores, que se recogen con un contenido objetivo y bien determinado, aunque están mal situados. Así,

– protección contra el despido en el caso de que un trabajador a tiempo completo se niegue a ser empleado a tiempo parcial; reforzando, de este modo, la regla de la voluntariedad en esta modalidad contractual.

– obligación del empresario de facilitar el paso del trabajador a tiempo parcial al tiempo completo, o viceversa, “tomando en consideración las peticiones de transferencia”, mediante la “transmisión de información sobre los puestos a tiempo parcial y a tiempo completo”;

– obligación del empresario de “facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional, a fin de favorecer la progresión y la movilidad profesionales”.

Siguiendo la línea de las iniciativas comunitarias conexas, el Acuerdo pretende asegurar la participación de los representantes de los trabajadores en la decisión de utilizar el trabajo a tiempo parcial. Se dice, así, que los empresarios, “en la medida de lo posible”, deberán “tomar en consideración la transmisión a los órganos representativos de los trabajadores de información apropiada sobre el trabajo a tiempo parcial en la empresa”.

Junto a estas previsiones que podemos calificar de “protectoras” tanto de los trabajadores a tiempo parcial como de los a jornada completa, el Acuerdo contiene una serie de medidas relativas a la utilización del trabajo a tiempo parcial, en una cláusula denominada “posibilidades de trabajo a tiempo parcial” con un contenido muy dispar.

– los Estados deberán, previa consulta con los interlocutores sociales, identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas

que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial, y eliminarlas (en lo que constituye una auténtica cláusula de *search and destroy*);

– los interlocutores sociales deberán hacer lo mismo;

– los empresarios deberán facilitar la contratación a tiempo parcial en todos los niveles de la empresa, incluidos los puestos cualificados y directivos;

– los empresarios deberán facilitar a los trabajadores que así lo prefieran el acceso a un empleo a tiempo parcial.

4. LA REGULACION DEL CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA

4. 1. ANTECEDENTES: DERECHO EUROPEO SOBRE TRABAJO TEMPORAL

Durante los años ochenta, la situación de crisis económica por la que atravesaba Europa, impuso la necesidad de introducir en los mercados de trabajo de los Estados Miembros fórmulas que permitieran flexibilizar las relaciones laborales. Consecuencia de ello fue el abuso de este tipo de contratación que los Estados Miembros protagonizaron durante toda una década, llegando a hablarse de la transformación de una modalidad contractual denominada “atípica” a la más normal de las relaciones de trabajo. El trabajo temporal en cuanto forma de trabajo que se consideraba atípica, ya que lo típico era el trabajo indefinido, pronto se convirtió en la forma más usual de crear empleo, tanto en el ámbito público como en el privado.

Es por ello que, a finales de los años noventa, comenzó a hablarse de la necesidad de responder a estas necesidades de flexibilidad, salvaguardando las necesarias garantías y derechos de los trabajadores. Desde la Unión

Europea, se procedió a regular los aspectos relacionados con ese trabajo temporal y, entre ellos, la salud y seguridad laboral de los trabajadores contratados de esta forma, ya que en esta materia muchas de las medidas a aplicar son a largo plazo lo que resulta difícil en el trabajo temporal.

Para conseguir éste y otros objetivos se aprobó la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Ahora bien, de nuevo es el principio de igualdad el principal mecanismo para la protección de los trabajadores empleados con carácter temporal. A partir de esta norma se garantiza la igualdad de trato entre trabajadores cuyo contrato sea de duración determinada y trabajadores con contratos indefinidos, en todos aquellos aspectos en los cuales esa igualdad tuviera sentido.

A finales de los años noventa comienza su andadura la llamada Estrategia Europea para el Empleo (Título VIII del Tratado de la Unión Europea) que en resumidas cuentas pretende cada tres años proporcionar directrices económicas y de empleo para que los Estados miembros elaboren sus planes nacionales de empleo. Desde 1998, año en el que comienzan a aprobarse estas directrices se insiste en la necesidad de crear empleo, de proteger al trabajador temporal pero además se incide en el fomento de la capacidad de adaptación de las empresas y de sus trabajadores, incidiendo en la organización del trabajo de forma flexible, aunque sin olvidar la seguridad y calidad en el empleo.

Esta postura es la que se ha reproducido en todas las directrices de empleo aprobadas desde 1998, de hecho en las aprobadas mediante Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros (2005-2008), se señalaban tres que merecen una mención especial:

Directriz nº 17.- Aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y de la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial. Es decir, lograr el pleno empleo y reducir el paro y la inactividad mediante el aumento de la oferta y la demanda de mano de obra. La calidad de los puestos de trabajo –determinada, entre otros factores, por el salario y las prestaciones, las condiciones laborales, la seguridad del empleo, el acceso al aprendizaje permanente y las perspectivas de carrera- así como las medidas de apoyo e incentivo previstos en los sistemas de protección social constituyen aspectos esenciales.

Directriz nº 20.- Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo, principalmente para prever, desencadenar y absorber los cambios económicos y sociales, estableciéndose costes laborales favorables al empleo, combinando flexibilidad y seguridad en el empleo para satisfacer las necesidades tanto de las empresas como de los trabajadores.

Directriz nº 21.- Promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales, mediante la adaptación de la legislación sobre empleo, revisando en su caso las diferentes modalidades contractuales y las disposiciones relativas al tiempo de trabajo.

Por tanto, se recomienda empleo de calidad, carreras profesionales y seguridad para los trabajadores y al mismo tiempo flexibilidad para las empresas para que puedan adaptarse a los cambios bruscos de la economía y de la sociedad, todo ello con la participación activa de los interlocutores sociales.

En todo este proceso de mejora del empleo, debemos destacar varios momentos y documentos importantes. En primer lugar, el Consejo Europeo de Lisboa celebrado durante los días 23-24 de marzo de 2000 trató de formular directrices que permitieran aprovechar las oportunidades que ofrecía la nueva economía, entre otras cosas, para erradicar los niveles de desempleo. Cinco años después de este Consejo Europeo, la Comisión Europea adopta la comunicación al Consejo Europeo denominada “Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa”, en la que se señala que se dan muchas de las condiciones esenciales para una reactivación en Europa. A través de este documento, “la Comisión europea propone relanzar la estrategia de Lisboa concentrando nuestra acción en dos tareas principales: producir un crecimiento más fuerte y más duradero y crear más empleo y de mejor calidad”.

Esto significa que los Estados miembros y los interlocutores sociales deben desplegar más esfuerzos para incrementar el empleo, aplicando políticas activas de empleo que ayuden a los trabajadores en su ocupación y que les animen a seguir estando activos, para que los trabajadores no abandonen prematuramente el mundo laboral. Al mismo tiempo se debe trabajar por la puesta en marcha de la flexibilidad de los mercados laborales, tanto para trabajadores como para empresarios; se debe insistir en la necesidad de movilidad de la mano de obra; se deben utilizar los fondos estructurales haciendo hincapié en la ayuda que pueden aportar al crecimiento y a la creación de empleo las entidades locales.

Un año después, se aprueba el Libro Verde de la Comisión: *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* (COM 2006 708 final, de 22 de noviembre de 2006); en el que se insiste en la necesidad de conjugar flexibilidad y seguridad para empresarios y trabajadores.

Se parte nuevamente de la idea de que los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de “conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos. La búsqueda de la flexibilidad en el mercado de trabajo ha conducido a un incremento de las distintas formas de contratos de trabajo, que pueden diferir en gran medida del modelo clásico de contrato, desde el punto de vista tanto de la seguridad de empleo y de ingresos como de la estabilidad relativa de las condiciones de trabajo y de vida inherentes”.

En concreto para el trabajo de duración determinada como forma atípica de trabajo, se dice en el Libro Verde que “la mejora de las condiciones de vida y de trabajo para los contratos de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal y el trabajo estacional quedó subrayada por primera vez en la Carta Social de 1989 y en el posterior Programa de acción para la aplicación de la Carta. Tras un período de animados debates sobre la oportunidad de adoptar iniciativas a escala comunitaria con respecto a estas relaciones laborales, se adoptaron directivas sobre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo de duración determinada”. Es decir, el hecho de que hayan dejado de ser formas atípicas de trabajo ha obligado a la aprobación de normas comunitarias donde se establecen unos mínimos respecto de las condiciones laborales, los cuales están presididos por el principio de igualdad de trato.

4. 2 ASPECTOS GENERALES DEL ACUERDO Y LA DIRECTIVA SOBRE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

Como ya hemos tenido ocasión de resaltar, tanto el Acuerdo como la Directiva parten de un concepto negativo del trabajo de duración determinada, fijándose como objetivos la consecución de mayor calidad en el empleo, controlando, para ello, la utilización de estas formas de

trabajo e intentando limitar en la medida de lo posible su presencia en el mercado de trabajo. Esto, asumiendo que éstas ofrecen un menor nivel de calidad, desde el punto de vista de los trabajadores, que el empleo considerado prototípico, por tiempo indeterminado y jornada completa con un empleador ordinario.

Así, en el Acuerdo sobre contratos de duración determinada se fija como objetivo el de “establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Afirmando y reconociendo, junto a los interlocutores sociales que “los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”. Siendo así que, “los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias a las necesidades de los empresarios y trabajadores”.

Además, el Acuerdo pretende establecer los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Y tiene presente como objetivo la protección del principio de igualdad de trato.

4. 3. EL CONCEPTO DE CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

La Directiva 1999/70 no incluye una definición del contrato de duración determinada, sino más bien, como en el ejemplo anterior del trabajo a tiempo parcial, una definición de lo que haya de entenderse por trabajador con contrato de duración determinada y por trabajador con contrato de duración indefinida comparable.

De este modo, el trabajador con contrato de duración determinada viene definido en la Cláusula terce-

ra del Acuerdo como el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales, como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimientos determinados.

Por otro lado, en lo que se considera un paso más en el objetivo de erradicar estas formas abusivas de empleo temporal y garantizar el acceso de los trabajadores temporales a formas de trabajo indefinido, el Acuerdo crea un derecho de información dirigido a estos trabajadores, estableciendo, en su cláusula sexta, que "los empresarios informarán a los trabajadores con contrato de duración determinada de los puestos vacantes en la empresa o el centro de trabajo, para garantizarles que tengan las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores".

Para regular este trabajo de duración determinada, la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 (DOCE L 175 de 10 de julio de 1999) vino a establecer una serie de garantías y principalmente la necesidad de aplicar el principio de igualdad de trato entre trabajadores indefinidos y temporales en aquellos aspectos en los que proceda.

De manera que partiendo de esta inquietud y de la constatación de que los contratos de duración determinada son una exigencia de los mercados de trabajo, ya que responden a ciertas necesidades de empresarios y trabajadores, se pretenden establecer unas garantías para evitar situaciones discriminatorias en el disfrute de las condiciones laborales por parte de los trabajadores contratados de forma temporal e indefinida, y además evitar los abusos en la utilización de los contratos temporales, aunque serán los Estados miembros los que deban articular la fórmula para ello.

5. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN EL DERECHO COMUNITARIO

El teletrabajo es una forma de empleo caracterizada por el uso intensivo de las tecnologías de la infocomunicación, que permiten al trabajador prestar sus servicios fuera del centro de trabajo de la empresa, bien en su casa (teletrabajo a domicilio), bien en un lugar específico donde se concentran teletrabajadores de diversas empresas (telecentros), bien sin tener un lugar fijo en el que prestar sus servicios (teletrabajo pendular o itinerante). Aunque suele identificarse con el trabajo a domicilio, equipararlos resulta erróneo. El teletrabajo no siempre es a domicilio (puede ser en telecentro, o itinerante); y no todo trabajo a domicilio es teletrabajo. Lo que de verdad identifica al teletrabajo es que se produzca fuera de la sede de la empresa, y que se esté comunicado con éste con medios electrónicos. Por esto se le llama también "trabajo remoto". Además, la legislación que existe sobre trabajo a domicilio (en España el artículo 13 ET) ha sido generalmente elaborada pensando en las formas tradicionales de éste, pequeños talleres familiares sin ningún tipo de conexión con el empleador.

5. 1. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO

El AMET se presenta como el cumplimiento por los interlocutores sociales europeos de la invitación que en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo les hizo el Consejo Europeo, para que negociaran acuerdos para modernizar la organización del trabajo, incluyendo acuerdos de trabajo flexible, con el objetivo de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y de conseguir el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad.

Los interlocutores sociales consideran que el teletrabajo es tanto un medio para que las empresas y organiza-

ciones de servicios públicos modernicen la organización del trabajo, como un medio para que los trabajadores concilien vida profesional y vida social y gocen de una mayor autonomía en el cumplimiento de sus tareas. Por otra parte, también han definido el papel del acuerdo en relación con otras posibles regulaciones de esta materia; se dice, así, que no impide posibles especificaciones contractuales posteriores, esto es, otros acuerdos específicos sobre teletrabajo en sectores determinados; y por otro lado se afirma que no debe servir como instrumento para reducir la actual tutela de la que disfruten los teletrabajadores.

El AMET define tanto al teletrabajador en los siguientes términos: una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular. Teletrabajador sería toda persona que efectúa un teletrabajo tal como se ha definido en el párrafo anterior. Esta definición se justifica por los sujetos firmantes del AMET en la voluntad de abarcar todos los supuestos posibles de trabajo remoto. Según la Cláusula Primera del AMET, "el teletrabajo cubre un amplio abanico de situaciones y prácticas sujetas a cambios rápidos. Por esa razón, los interlocutores sociales han elegido una definición de teletrabajo que permita cubrir las diferentes formas de teletrabajo regular".

Por lo que se refiere al contenido del Acuerdo, éste se contiene en nueve cláusulas, que se refieren a las siguientes materias: voluntariedad; condiciones de empleo; protección de datos; vida privada; equipos; salud y seguridad; organización del trabajo; formación; y derechos colectivos. En estas materias el AMET pone de manifiesto una continuidad con las experiencias europeas

anteriores, tratándose básicamente las mismas materias, a las que se dota de unas mismas reglas. Es de destacar el tratamiento de las cuestiones colectivas, algo hasta entonces poco tratado en los convenios, así como de las relativas a la protección de datos. De todas estas cuestiones destacan dos que debemos considerar centrales. Por un lado está el principio de voluntariedad, según el cual el TT es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. La garantía de este principio tiene una serie de consecuencias: si el TT no forma parte de la descripción inicial del puesto, y si el empresario hace una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede aceptarla o rechazarla. El paso al TT en tanto que tal, puesto que modifica únicamente la manera en que se efectúa el trabajo, no afecta al estatus laboral del trabajador. La negativa de un empleado a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador. Si el TT no forma parte de la descripción inicial del puesto, la decisión de pasar a TT es reversible por acuerdo individual o colectivo.

Otro principio fundamental en la regulación del TT, según el AMET, es el de igualdad de trato. Éste supone que en lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del TT, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos.

Por lo que se refiere a la aplicación del AMET, éste dispone que su objeto es el de establecer un marco general a nivel europeo, que sea de aplicación para las organizaciones miembros de las partes firmantes según

los procedimientos y las prácticas nacionales específicas para los interlocutores sociales. A esta cuestión se dedica la cláusula 12 del AMET, "Aplicación y seguimiento". De las varias posibilidades previstas en el Tratado, los firmantes han optado por la más radicalmente autonomista, la de la aplicación por los propios interlocutores sociales. En su momento fue el primero de los grandes acuerdos europeos que optó por esta vía para su implementación; vía prevista en el Derecho Europeo desde el Tratado de Maastricht, pero nunca utilizada –salvo en acuerdos sectoriales-. De acuerdo con este mecanismo, su vinculación no es directa entre empresarios y trabajadores, sino que se remite a su puesta en práctica por los miembros de las organizaciones firmantes. Para ello se prevé un plazo de tres años. En contrapartida, y como consecuencia de esta opción de sus firmantes, este acuerdo no precisa ninguna tramitación legislativa por parte de las instancias comunitarias y su vigencia comienza al día siguiente de la firma.

La cláusula 12 del AMET recoge también un mecanismo especial de control de su aplicación, ante la falta de adecuación de los instrumentos tradicionales que se encuentran en otras normas comunitarias: las organizaciones miembros informarán sobre la aplicación de este acuerdo a un grupo ad hoc creado por las partes firmantes bajo responsabilidad del comité de diálogo social; este grupo preparará un informe conjunto sobre las acciones de aplicación emprendidas. Este informe se preparará en los cuatro años siguientes a la fecha de firma de este acuerdo; y en el caso de que surjan cuestiones sobre el contenido de este acuerdo, las organizaciones miembros implicadas pueden acudir de forma conjunta o separada a las partes firmantes del acuerdo. El informe se presentó finalmente el 28 de junio de 2006, con el título de "Implementation of the European Framework Agreement on Telework. Report by the social partners".

Por lo que se refiere a su vigencia, como tal acuerdo comienza desde el momento de su firma, y sin que se haya previsto una duración predeterminada de éste. Se dice, eso sí, que las partes firmantes revisarán el acuerdo cinco años después de la fecha de firma, si así lo solicita una de ellas.

6. LA REGULACION DEL TRABAJO A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

6. 1. ANTECEDENTES: DERECHO EUROPEO SOBRE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

La UE lleva varias décadas intentando armonizar las legislaciones nacionales sobre Empresas de Trabajo Temporal (ETT en adelante), estando prevista una iniciativa en este sentido en el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad de 1974. En 1983 se presentó una primera propuesta de directiva, constando de varios intentos de aprobación, hasta su reciente aprobación en 2008. El proceso de elaboración de esta norma comunitaria ha sido el siguiente:

1983: Primera propuesta de Directiva, aplicable tanto a las ETT como a los contratos de duración determinada;

1984: Documento Papandreu, con tres propuestas de Directivas sobre trabajo atípico, que incluyen en su ámbito de aplicación las ETT;

1991: aprobación de la Directiva 91/383, sobre seguridad y salud en el trabajo temporal, de aplicación a las ETT;

1995: inicio de las conversaciones para un Acuerdo Europeo sobre ETT;

1996: aprobación de la Directiva 96/71, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el ámbito de un prestación de servicios transnacional, que incluye en su ámbito de aplicación a las ETT;

2001: abandono de las negociaciones sin que se llegue a aprobar un Acuerdo;

2002: elaboración por la Comisión Europea de una propuesta de Directiva, no aprobada hasta la fecha; la propuesta sigue el proceso de codecisión enviándose al Parlamento Europeo, que presenta una serie de modificaciones al texto de la Comisión a los largo del año 2002. A finales de 2002 la Comisión elabora una propuesta modificada de directiva que pasa al Consejo de Ministros, donde se discute en numerosas reuniones.

2008: 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.

Por consiguiente, en la actualidad existen tres directivas vigentes sobre estas empresas:

– La Directiva 91/383, aplicable tanto a las ETT como a los contratos de duración determinada, que se refiere exclusivamente a aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales de estos trabajadores.

– La Directiva 96/71, que se aplica a los supuestos de trabajadores puestos a disposición por una ETT para prestar servicios temporalmente en el territorio de otro Estado miembro.

– 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.

Todas estas Directivas, que responden a iniciativas y estrategias diversas dentro del derecho comunitario, conviven en la actualidad para conformar el derecho derivado en materia de Empresas de Trabajo Temporal.

6.2. LA DEFINICIÓN DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

Conforme a lo establecido en la Directiva 2008/104/CE, se define “empresa de trabajo temporal” como toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de éstas. Siendo definidas las “empresas usuarias” como aquellas personas físicas o jurídicas para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal.

Esta Directiva define de este modo los dos sujetos que intervienen en la relación triangular que genera la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal. El tercer elemento en la relación triangular es el trabajador cedido o puesto a disposición, que se define como aquel que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria, bajo el control y dirección de ésta.

De este modo, el trabajador cedido, también conocido en el derecho interno como “trabajador en misión” ha de contratar con la Empresa de Trabajo Temporal, con la que mantiene una relación laboral, normalmente de carácter temporal, si bien puede ser de carácter estable. Este trabajador es cedido temporalmente a una empresa usuaria, que asume cierta responsabilidad sobre el trabajador en cuestión, durante el tiempo de la misión. Entendiendo como “misión”, el período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y control de la empresa usuaria.

6. 3. *LOS OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA: HACIA UN MODELO DE FLEXIGURIDAD*

Sin duda, esta Directiva ha sido situada por la mayoría de la doctrina en el marco de la política de flexiguridad, instada desde instancias comunitarias. Los objetivos perseguidos por la Directiva son los siguientes (GALA DURÁN, 2008):

Garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, mejorando, para ello, sus condiciones de trabajo y reconociendo el principio de igualdad de trato.

En segundo lugar, pretende fijar además unos contenidos mínimos comunes para este tipo de trabajo a nivel europeo.

En tercer lugar, la Directiva reconoce algunos derechos de aplicación concreta a los trabajadores cedidos por ETTs, que abarcan las cuestiones de acceso al empleo y disfrute de las instalaciones y servicios comunes de la empresa usuaria; así como formación profesional de los trabajadores cedidos.

En cuarto lugar, expone la Directiva el objetivo de mejorar la calidad de las ETTs garantizando el respeto del principio de igualdad de trato, en relación con los trabajadores cedidos por ETT y reconociendo a las ETT como empleadores.

Y, finalmente, la Directiva reconoce el papel destacado en diversos ámbitos de los interlocutores sociales, haciendo referencia también a los órganos de representación de los trabajadores y sus derechos de información.

6. 4 *LA ELIMINACIÓN DE RESTRICCIONES Y PROHIBICIONES*

Una de las cuestiones que mayor impacto ha tenido en la legislación española sobre Empresas de Trabajo Temporal es precisamente la regulación de las restric-

ciones y prohibiciones al recurso a este tipo de empleo. Conforme al artículo 4º de la Directiva se procede a una "revisión" de las prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal.

Establece la Directiva que éstas restricciones o prohibiciones deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo, o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

Estas tres causas genéricas de restricción de uso han de ser consultadas con los interlocutores sociales, al objeto de revisar las actuales restricciones que se regulan en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. En el caso en que estas restricciones hayan sido establecidas por la negociación colectiva, son los interlocutores sociales firmantes del citado acuerdo, quienes habrán de revisar dichas prohibiciones a la luz de las causas enunciadas por esta Directiva.

A estos efectos, no se consideran restricciones, conforme a lo regulado en la Directiva, las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las empresas de trabajo temporal.

El plazo para finalizar la revisión de las legislaciones nacionales al respecto se fija en el 5 de diciembre de 2011.

Sin duda, esta regulación ha sido interpretada por la mayoría de la doctrina iuslaboralista en España como una eliminación de las barreras o restricciones al uso de este tipo de cesión de trabajadores, congruente con la política de flexiguridad fomentada por las instituciones europeas.

Por nuestra parte, las principales prohibiciones o restricciones recogidas en el derecho interno residen fun-

damentalmente en el artículo 8 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, donde se recoge la prohibición del recurso a las ETT:

- para la sustitución de los trabajadores huelguistas en la empresa usuaria;
- para la realización de actividades y trabajos calificados como peligrosos en los términos previstos en la Disposición Adicional Segunda de la LETT, conforme a la redacción dada por la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos;
- cuando en los 12 meses 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 c) de la LET, excepto en los supuestos de fuerza mayor;
- y para ceder trabajadores a otras ETT.

Estos supuestos se encuentran ya adaptados a la nueva Directiva, considerando el legislador que sólo era preciso reformar el apartado b), justificado por razones de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, para incluir la referencia a la negociación colectiva. Por su parte, el supuesto de la letra a) pretende proteger el derecho a la huelga de los trabajadores de la empresa usuaria, recogido en la Constitución Española; y la letra c) pretende evitar abusos en el recurso a la cesión de trabajadores; pro lo que pueden encuadrarse perfectamente en la nueva regulación de la Directiva.

En cuanto al supuesto previsto en la letra c), el legislador español, amparado por la mayoría de la doctrina, se ha mostrado partidario de la inclusión de esta restricción entre las causas permitidas por la legislación comunitaria, al tratar de evitar posibles abusos, garantizando, así,

el buen funcionamiento del mercado de trabajo (GALA DURÁN, 2008).

Más difícil de encuadrar en la regulación comunitaria resultan otras restricciones contenidas en otros textos legales del derecho interno español, como la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, que prohíbe, en general, el recurso a este tipo de contratos con ETT, a las Administraciones Públicas; o las previstas en los convenios colectivos de empresas o sectores que no estén incluidos entre las actividades de especial peligrosidad descritas anteriormente.

Al respecto, la Ley 35/2010, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, incorpora una Disposición Adicional a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal destinada a la eliminación de las restricciones o prohibiciones vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de los trabajos de especial peligrosidad descritos en la disposición adicional segunda, antes mencionada.

De este modo, añade esta disposición que esta norma será aplicable a partir del 1 de enero de 2011, añadiendo que, a partir de esta fecha, serán válidas las limitaciones o prohibiciones que se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos. Esto deja, en consecuencia, vigentes los apartados del artículo 8 reformado de la LETT.

6.5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Al igual que hemos observado en los epígrafes referentes al trabajo a tiempo parcial y el trabajo de duración determinada, uno de los aspectos centrales de la Directiva

sobre Empresas de Trabajo Temporal es el reconocimiento del principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos a una empresa usuaria, también denominados "trabajadores en misión".

El artículo 5 de la Directiva establece que las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

En especial, menciona la Directiva las normas sobre protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como las de igualdad de trato entre mujeres y hombres y las destinadas a combatir la discriminación por razones de sexo, raza, origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

Ahora bien, tras establecer el precepto un principio general, permite sobre él algunas excepciones:

En primer lugar, en materia de remuneración, los Estados podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones al principio de igualdad de trato cuando los trabajadores cedidos, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones.

en segundo lugar, también previa consulta con los interlocutores sociales, los Estados miembros podrán permitir el mantenimiento o celebración de convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de éstos que puedan ser diferentes a la de los trabajadores de las empresas usuarias.

Y, por último, siempre que se ofrezca un nivel de protección adecuado para los trabajadores cedidos, los

Estados miembros en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares de un sector o zona geográfica determinados, podrán, previa consulta con los interlocutores sociales a escala nacional, establecer disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que constituyan excepciones al principio de igualdad de trato antes mencionado.

Con carácter general a todas las excepciones recogidas en este precepto, la Directiva prevé expresamente que los Estados adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de las excepciones al principio de igualdad de trato y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas.

Esta regulación del principio de igualdad de trato, dada la posibilidad de introducir excepciones importantes, hace pensar en la vulnerabilidad de dicho principio en la presente Directiva.

Por lo que se refiere a la transposición de esta Directiva al derecho interno, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, introduce novedades en los artículos 11 y 17, con el objetivo de garantizar la aplicación del principio de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos. Así, los trabajadores contratados para ser cedidos gozarán, durante los períodos de prestación de servicios en las empresas usuarias, de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

De este modo, se especifican algunos aspectos concretos del disfrute de estas condiciones esenciales, trans-

poniendo este apartado de la Directiva, tal y como resulta de obligado cumplimiento.

6. 6 OTROS CONTENIDOS DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA

La Directiva 2008/104, recoge también el reconocimiento de derechos específicos de los trabajadores cedidos en relación con el acceso al empleo y a las instalaciones comunes de la empresa usuaria, la prohibición de contraprestación económica por parte de los trabajadores por la gestión de sus contratos, la formación profesional de los trabajadores cedidos y los derechos colectivos de los mismos (artículos 6 a 8).

Por lo que se refiere, en particular a los derechos colectivos de los trabajadores cedidos, el artículo 7 de la Directiva reconoce el derecho de éstos a formar parte de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa de trabajo temporal, debiendo ser tenidos en cuenta, en las condiciones definidas por los Estados miembros, para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse, en la empresa de trabajo temporal, dichos órganos de representación.

Asimismo, se reconoce a los Estados Miembros la posibilidad de preveer que los trabajadores cedidos sean tenidos en cuenta, esta vez dentro de la empresa usuaria, con las mismas condiciones en que lo serían los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria con contratos de la misma duración, a efectos del cálculo del umbral a partir del cual pueden constituirse los órganos de representación, conforme al derecho interno.

Como se puede observar, los Estados Miembros podrán optar por garantizar una de las dos opciones.

En segundo lugar, en relación al derecho de información de los representantes de los trabajadores, la Directiva, establece, conforme a lo dispuesto en la Directiva

2002/714/CE sobre información y consulta de los trabajadores en la CE, un derecho de información de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, sobre el recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal dentro de la empresa, en el marco del deber de información sobre la situación del empleo. Esta información deberá ser “apropiada” conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 2008/104.

Todas estas garantías incorporadas en la Ley 35/2010 han permitido la adaptación del marco regulador de las ETTs, con el objetivo inconfundible de otorgar mayor seguridad y garantías a los trabajadores en misión. Parece que, en este caso, queda cumplido el objetivo de la seguridad, aunque no parece estar comprendido el de la auténtica flexibilidad.

Tampoco aborda la reforma laboral la inclusión de las ETTs entre los agentes del mercado, las considera tan sólo intermediarias de la mediación laboral, es decir, operadores, sin otorgarles el papel concedido a las agencias de colocación. De este modo, parece que la reforma adquiere un cierto carácter de provisionalidad⁴, que esperamos se revise en un breve espacio de tiempo.

⁴Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010”, en *Relaciones Laborales*, nº 15, 2010.