

XXII Jornades Catalanes de Dret Social
Les Reformes Laborals de 2010
Lleida, 10/11 març 2011

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL
Consuelo Chacartegui

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

I.-Las reformas en materia de intermediación: el reforzamiento de la iniciativa privada a través de la apertura al ánimo de lucro en las agencias de colocación

En materia de intermediación, el legislador se ha caracterizado en los últimos tiempos por continuas variaciones en el enfoque de sus políticas legislativas. Así, en el RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, se establecen acciones de mejora de la empleabilidad que combinan actuaciones de orientación profesional y formación para el empleo. Para ello, los Servicios Públicos de Empleo destinarán a la realización de los itinerarios individuales y personalizados de empleo para los colectivos priorizados, el número de orientadores, promotores de empleo y personal propio, que determinen en función de los objetivos establecidos en el protocolo correspondiente. A este fin, podrán también contar con el apoyo de entidades colaboradoras (art. 3.3). El problema que se avecina es, básicamente, el de la financiación de dichas previsiones, teniendo en cuenta la coyuntura económica, y habiendo medidas coexistentes con las mencionadas, como la prórroga de los 1.500 orientadores laborales previstos por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Otro ejemplo de cambio de orientación legislativa lo tenemos en el más reciente RD-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. En dicha norma se ha dado una nueva perspectiva a la manera de abordar la intermediación, al establecer medidas como “el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo

en el marco del Sistema Nacional de Empleo”. A partir de la reforma que el RD 3/2011 lleva a cabo sobre el art. 19 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se crea, por ejemplo, el catálogo de servicios a la ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo, que tiene por objeto “garantizar, en todo el Estado, el acceso en condiciones de igualdad a un servicio público y gratuito de empleo, y la igualdad de oportunidades en el acceso al mismo, constituyendo un compromiso de los Servicios Públicos de Empleo con las personas y empresas usuarias de los mismos”.

Entre los servicios que se tendrían que proporcionar a las personas desempleadas, se establece un diagnóstico individualizado sobre el perfil, las necesidades y expectativas de la persona desempleada mediante entrevistas personalizadas, para poder encontrar un empleo. También el diseño, elaboración y realización de un itinerario individual y personalizado de empleo que podrá incluir servicios de orientación e información para el empleo y el autoempleo, de mejora de su cualificación profesional y de su empleabilidad, y contactos con las empresas, entidades y organismos públicos para facilitar su inserción laboral.

Tras la lectura de estos dos preceptos quién diría que, sin embargo, hace tan sólo unos meses, la Ley 35/2010 se encargaba de incentivar todavía más el protagonismo a la iniciativa privada en la gestión de la intermediación, al permitir que las agencias de colocación puedan tener ánimo de lucro. Como ya se hiciera en la reforma de 1994, nuevamente se opta por la idea de pensar que la actuación fuera de lo público -a través de los entes privados- pueda favorecer la creación de empleo. Así, la opción entre la tensión existente entre el reforzamiento e intensificación de los entes público en materia de colocación o bien la apertura a los entes privados se resuelve a favor de lo segundo.

Es, por tanto, la primera vez que se permite el ánimo de lucro en el ámbito de la colocación, incorporándose un nuevo artículo 21 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, según el cual “a efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20”. Al mismo tiempo, se da una nueva redacción al artículo 16.2 ET, dando entrada -también en dicho texto- a las agencias de colocación con fines lucrativos. Ésta es una importante modificación

que puede incidir en una mayor fragmentación entre el papel que deban jugar los servicios públicos de empleo y el que deban desempeñar los entes privados, quedando todavía más estigmatizados los colectivos con más dificultades de inserción laboral –mujeres, jóvenes, discapacitados, mayores de 45 años, entre otros-.

No obstante, la desconfianza respecto a este tipo de agencias parece quedar plasmada cuando el legislador reitera en varias ocasiones la necesidad de garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo, sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación, siguiendo así las previsiones del Convenio 181 de la OIT de 1997 y la LO 3/2007. Por otra parte, se extreman las obligaciones de las agencias de colocación en relación a cuestiones que ya figuran en otros textos legislativos vigentes -respeto a la intimidad del trabajador, cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos, de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social y de las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 21.bis.4 de la Ley 56/2003)-.

En relación al papel que pueden desempeñar estas agencias y su encaje con los servicios públicos de empleo, el mismo art. 21 bis) de la Ley 56/2003, en su nuevo redactado, permite que dichas agencias realicen las actividades de intermediación a través dos formas: en primer lugar, como colaboradoras de los servicios públicos de empleo, y, en segundo lugar, realizando la actividad de forma autónoma pero coordinadas con los servicios públicos de empleo.

Paralelamente, se produce una notable apertura por parte de la Ley 35/2010 en relación al ámbito material de la actividad de colocación, básicamente en una triple dirección.

- Por un lado, atribuyéndoles un nuevo papel en las actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional. De esta manera, parece que las agencias de colocación se configuran así como las principales competidoras de los orientadores laborales.
- En segundo lugar, se amplía su actividad a la de selección de personal.

- En tercer lugar, extendiendo su actividad a la recolocación de los trabajadores (*outplacement*).

La intermediación laboral en su modalidad de recolocación se ha configurado con un carácter eminentemente colectivo. Así, el art. 20.2 de la Ley 56/2003 exige el requisito previo de que, para poder entrar a realizar por parte de dichas agencias una labor de intermediación en materia de recolocación, aquélla ha de haberse establecido o acordado con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación.

Así, las agencias de recolocación podrán desarrollar su actividad en los despidos colectivos, en los que exige un plan social como requisito para iniciar el procedimiento, tal como prescribe el art. 6.1.c) del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, y éste sería su ámbito de funcionamiento más habitual y obligatorio para las empresas de cincuenta o más trabajadores. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el tejido empresarial español está formado mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, de menos de 50 trabajadores.

Una de las consecuencias más relevantes de la Ley 35/2010 en materia de intermediación es que tienen su plasmación en materia de Seguridad Social. El art. 231.1 de la LGSS queda modificado en algunos de sus puntos, dando entrada a la actuación de las agencias de colocación en el control de determinadas obligaciones que suscriben los trabajadores y los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo y que, hasta el momento, eran desempeñadas por los servicios públicos de empleo. Aquí la retirada de lo público se manifiesta mucho más relevante, ya que puede afectar directamente al disfrute de las prestaciones por desempleo del beneficiario.

Correlativamente, la legislación sobre infracciones y sanciones en el orden social queda así modificada en los siguientes aspectos:

- Se consideran infracciones leves, el no comparecer, previo requerimiento, ante las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o no

renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada –art. 24.3.a) LISOS-.

- Constituye infracción grave el rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada, o bien negarse a participar en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos –art. 25.4 a) y b) LISOS-.

El planteamiento, en este punto, es si las agencias privadas de colocación, con su posibilidad de intervenir en este tipo de cuestiones, no ponen en entredicho principios básicos del ordenamiento sancionador administrativo. Singularmente, la indefensión que puede crear en el administrado hace que podamos plantearnos la inconstitucionalidad de la nueva regulación. ¿Cuándo se va a dar al desempleado la posibilidad de presentar alegaciones? ¿Se tiene en cuenta, sin más, las razones alegadas por la agencia de colocación? ¿Cómo contrasta el servicio público de empleo el rechazo, por ejemplo, por parte del desempleado de una oferta de empleo adecuada? ¿Existen los adecuados mecanismos de fiscalización públicos sobre estas actuaciones de lo privado que tienen repercusión en materia de prestaciones?

Sobre esta cuestión, recordemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la presunción de inocencia “garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente puede fundamentar un juicio razonable de culpabilidad” (STC 138/1990, de 17 de septiembre).

II.- La reforma en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal: la intensificación de la dualidad y la segmentación en el mercado de trabajo

Como punto de partida conceptual, las empresas de trabajo temporal deberían permanecer fuera de lo que se consideran como mecanismos de intermediación en el mercado de trabajo, puesto que –en lo que se refiere a su naturaleza jurídica- dichas empresas son mecanismos de cesión de trabajadores. No obstante, las reformas en materia de empresas de trabajo temporal se contienen en el Capítulo IV de la Ley 35/2010 (sobre Medidas para la mejora de la intermediación y sobre la actuación de las empresas de trabajo temporal), tratando ambas figuras en el mismo apartado, como si de diversos mecanismos de intermediación se tratase, como ya hiciera en su momento la Reforma de 1994.

Uno de los problemas más recurrentes en la práctica ha sido la borrosa frontera que separa algunos supuestos de contrata y subcontratas de los de cesión de trabajadores. En este sentido, una cuestión que venía preocupando a la doctrina especializada y sobre la que la jurisprudencia se ha pronunciado es sobre las llamadas “empresas multiservicios”, tema verdaderamente preocupante sobre el que la reforma no ha incidido¹.

1.- Novedades en materia de condiciones de trabajo de los trabajadores puestos a disposición

Pasando a los aspectos que se abordan en la Ley 35/2020, se destaca en la Exposición de Motivos que dicha norma se adapta a la normativa comunitaria sobre la materia, en particular a la transposición 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.

El art. 5 de la Directiva obligaba a aplicar el principio de igualdad de trato en las condiciones esenciales de trabajo, ya que según dispone dicho precepto “los

¹ Ya en el año 2004, un informe de la Comisión de Expertos para el Dialogo Social, alertaba que este tipo de empresas habían potenciado el desarrollo de los procesos de descentralización productiva encauzando su actividad a través de la figura de la contrata y subcontratas de obras y servicios del artículo 42 ET. La jurisprudencia nos muestra numerosos ejemplos de esta realidad, siendo muy ilustrativa la STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2010, según la cual, bajo la denominación de empresas multiservicios se agrupa “un nutrido número de empresas con un objeto plurifuncional y dedicadas a prestar todo tipo de servicios a otras empresas, que está resultando muy problemática su inclusión en sectores tradicionales de actividad en los que convencionalmente se ha parcelado y organizado nuestra economía a efectos laborales”

trabajadores cedidos tendrán derecho a la aplicación «de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para el mismo puesto de trabajo»². Dado que el art. 11 de la Ley 14/1994 contemplaba básicamente el salario, se ha dado una nueva redacción a dicho precepto para incorporar todas las condiciones esenciales de trabajo y empleo, entendiendo por éstas –según el inciso segundo del precepto- las referidas a la remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos.

Asimismo, se modifica la anterior definición de remuneración - que ya había sido objeto de la reforma llevada a cabo por la Ley 29/1999, de 16 de julio y que se refería a la retribución total calculada por unidad de tiempo-, al indicar que comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria y que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo³. Esta conceptualización de la remuneración es heredera de la contemplada en el art. 32 del V Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal⁴ y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵.

Otra de las cuestiones que ha sido resuelta por el Tribunal Supremo es que la garantía salarial queda referida “a los convenios en sentido amplio”, por lo que la equiparación del art. 11 de la Ley 14/1994 no quedaría únicamente limitada a los convenios estatutarios, sino también a los extraestatutarios y a los acuerdos de empresa⁶. Asimismo, también se incluyen las decisiones unilaterales del

² En este sentido, en el V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, registrado y publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de enero de 2008 (BOE de 8 de febrero), se recogen dichos derechos en los siguientes preceptos, que con carácter general se remiten al convenio colectivo de la empresa usuaria: jornada de trabajo (artículo 33.2), horas extraordinarias (artículo 34.3); jornada nocturna (artículo 35.2); descanso semanal y festividades (artículo 36.2) y vacaciones (artículo 41).

³ Sobre el tema de la vinculación al puesto de trabajo, vid. la STS 22-1-2009 (Ar. 2009\620), que cita algunos ejemplos de dicha vinculación directa, como el complemento de absentismo, puntualidad y asistencia.

⁴ (BOE 8-2-2008)

⁵ STS 7-2-2007 (Ar. 2007\1815), que concluye que la ayuda alimentaria –que compensa el hecho de que el trabajador realiza jornada partida- está comprendida en la garantía de la equiparación salarial.

⁶ Esta doctrina ha sido minuciosamente desarrollada por la STS 22-1-2009 (Ar. 2009\620), según la cual “el recurso a la mano de obra de las empresas de trabajo temporal sea efectivamente un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria y no, como venía sucediendo en la práctica laboral anterior a dicha Ley, un medio de reducir costes salariales”.

empresario de efectos colectivos, como condiciones más beneficiosas de carácter colectivo.

En cuanto a la legitimación que puedan tener los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria para la reclamación de las condiciones retributivas de los trabajadores puestos a disposición, el Tribunal Supremo se ha manifestado en contra de esta posibilidad⁷, puesto que el art. 17.1 párrafo segundo de la Ley 14/1994 únicamente contempla las posibilidades de actuación de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria en relación a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo lo que atañe a la prestación de servicios, “pero no en aquellas reclamaciones que hayan de formular frente a la empresa de la que dependen, como son las referidas al sistema retributivo, pues no cabe ignorar que la relación de trabajo se sostiene únicamente entre la empresa de trabajo temporal y sus trabajadores puestos a disposición, siendo obligación de ésta, tal y como se desprende del artículo 12.1 de la norma citada, el cumplimiento de las obligaciones en materia salarial”⁸.

No obstante, no quedan incluidas las mejoras voluntarias, tal como también ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo⁹, al entender que –en relación al complemento de incapacidad temporal establecido por negociación colectiva- se trataría de una percepción que se produce cuando el contrato de trabajo está suspendido.

Respecto a la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo, se amplía el ámbito de responsabilidad subsidiaria a los conceptos indemnizatorios, tal como ya se había pronunciado la jurisprudencia¹⁰. En relación a las cuantías indemnizatorias, se ha de hacer también referencia a la

⁷ Sí que se admite, por el contrario, la legitimación de la sección sindical cuando ésta ha acordado plantear un conflicto colectivo sobre la retribución que tienen derecho a percibir los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Como es el caso de la STS 22-1-2009 (Ar. 2009\620), en la que la sección sindical de CC.OO formuló un conflicto colectivo para reclamar que se considerase también como salario determinados conceptos como los premios de absentismo trimestral, el premio ahorro de papelote anual, las primas de producción de calidad y los premios de puntualidad y asistencia mensual que figuraban en convenio colectivo extraestatutario.

⁸ STS 27-4-2004 (Ar. 2004\3665)

⁹ STS 18-3-2004 (Ar. 2004\3741)

¹⁰ Así, la STS 30-9-2004 (Ar. 2004\6998) hace responsable del despido no sólo a la empresa de trabajo temporal, sino también a la empresa usuaria, por haber incumplido con las trabajadoras sus obligaciones legales como empresa usuaria, “al no haber respetado el objeto del contrato ni ejercitado debidamente su deber de dirección de la actividad de tales trabajadoras”.

nueva redacción dada por la Ley 35/2010 al apartado 2º del art. 11 de la Ley 14/1994, en la que se refiere, en primer lugar, a la adecuación al art. 49.1.c) ET, de la indemnización por la finalización del contrato temporal, resultado de abonar la cantidad –o parte proporcional correspondiente- de 12 días por año de servicio¹¹, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación¹².

En segundo lugar, se establece que la indemnización pueda ser prorrateada durante la vigencia del contrato. Se plasma así legalmente la previsión convencional que, sobre esta misma cuestión, había venido realizando el art. 47 del Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal¹³. No obstante, dicho prorrateo plantea especiales dificultades en los contratos que poseen una duración incierta –tal podría ser el caso del supuesto de utilización por obra o servicio determinado-.

En relación a otros derechos que se abren a los trabajadores de empresas de trabajo temporal, destacan los dos nuevos apartados previstos en el art. 17 de la Ley 14/1994, ambos impuestos por la necesidad de transponer la Directiva 2008/104/CE. Por un lado, se añaden los servicios de comedor y guardería a los servicios comunes enumerados en el párrafo segundo. Por otra parte, la empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquella (art. 17.3 Ley 14/1994). En

¹¹ Hay que tener en cuenta que esta cuantía indemnizatoria de 12 días por año era ya la aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2010 porque ya se preveía así por parte de la Ley 14/1994 para este tipo de extinciones. Por tanto, se sigue manteniendo la cuantía de 12 días por año, y no es aplicable la previsión que, respecto a la indemnización por finalización de los contratos temporales, ha realizado la Disposición Transitoria 13ª del Estatuto de los Trabajadores –según la cual se establece un plazo transitorio de aplicación según el cual se procede a una aplicación progresiva de la indemnización desde los 8 días por año hasta los 12 días que contempla la nueva redacción del art. 49.1.c) ET-.

¹² A destacar, en este punto, la indemnización específica que pueda establecerse en relación al contrato fijo de obra en la negociación colectiva, según lo previsto en la Disposición Adicional 3ª de la ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, pues este es un sector sobre el que se ha eliminado la prohibición de entrada que establecía la normativa sobre actividades peligrosas (RD 216/1999, de 5 de febrero), como se verá a continuación

¹³ Art. 47. Extinción por finalización del contrato. 1. Los trabajadores de puesta a disposición tendrán derecho a percibir a la finalización de su relación laboral, por cumplimiento del contrato suscrito, la indemnización económica legalmente prevista, que también podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

tercer lugar, mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias (art. 17.4 Ley 14/1994). Resulta muy importante que dicha formación se conecte con el ámbito de la prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta la apertura a trabajos peligrosos que se va a exponer a continuación.

2.- La apertura a los trabajos peligrosos e insalubres

En la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 se señala que la Ley se adapta a la normativa comunitaria sobre la materia, en particular a la transposición 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. Según dicha Exposición de Motivos, la Directiva 2008/104/CE obliga a revisar las restricciones que se aplican a las empresas de trabajo temporal, y, “para aplicar esta medida, se reserva un período para que la negociación colectiva, dentro de los sectores hoy excluidos de la actividad de las empresas de trabajo temporal por razones de seguridad y salud en el trabajo, pueda, de manera razonada y justificada, definir los empleos u ocupaciones de especial riesgo que no puedan ser objeto de contratos de puesta a disposición”.

A diferencia de la legislación precedente, se da entrada a la negociación colectiva en el ámbito de los trabajos con especial riesgo para la seguridad y salud, que será quien haya de definir los puestos de trabajo que han de considerarse prohibidos a las empresas de trabajo temporal. Para ello, se da una nueva redacción al art. 8.b) de la Ley 14/1994 según el cual se prohíbe el recurso a empresas de trabajo temporal “para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos”.

En la Disposición Adicional Segunda se establecen una serie de excepciones a la posibilidad de que se contrate a través de empresas de trabajo temporal, en atención a la absoluta peligrosidad de los puestos de trabajo, y que constituyen normas de derecho necesario absolutas e indisponibles por la negociación colectiva. Estas excepciones son: a) trabajos que impliquen la exposición a radiaciones

ionizantes¹⁴; b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría¹⁵; c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos¹⁶.

Resulta sorprendente la apertura que realiza la Ley 35/2010 a la posibilidad de que las ETTs actúen en sectores hasta ahora considerados como peligrosos y vetados a dichas empresas por parte del art. 8 del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. Para lograr dicho objetivo, se utiliza una técnica sui generis: se fija el plazo del 31 de marzo de 2011 para que, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el art. 83 ET, o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal¹⁷, se fijen las limitaciones, por razones de seguridad y salud en el trabajo, para la celebración de contratos de puesta a disposición en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

No obstante, las limitaciones establecidas por negociación colectiva deben cumplir una serie de requisitos:

- a) Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas;

¹⁴ En zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes

¹⁵ según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.

¹⁶ De los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

¹⁷ Según el párrafo 4 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 14/1994 “lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos conforme a lo señalado en el apartado 2 se entiende sin perjuicio de las reglas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación de los convenios colectivos en el Título III del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”.

- b) Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados;
- c) Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

Desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos:

- a) La empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención.
- b) El trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal.

No se comprende la lógica jurídica que ha podido llevar al legislador a abrir este tipo de trabajos a la puesta a disposición a través de empresas de trabajo temporal, máxime teniendo en cuenta que otras normas han regulado limitaciones a la multiplicidad de empresarios en base al argumento, entre otros, de la protección de la salud laboral de los trabajadores, como es el caso de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁸.

¹⁸ En cuya exposición de motivos se destaca que “el exceso en las cadenas de subcontratación, especialmente en este sector, además de no aportar ninguno de los elementos positivos desde el punto de vista de la eficiencia empresarial que se deriva de la mayor especialización y cualificación de los trabajadores, ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores”

Por otra parte, ni se citan normas comunitarias igualmente vigentes en materia de seguridad y salud en el sector de la contratación temporal y de las empresas de trabajo temporal. En este sentido, cabe recordar que sigue vigente la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, 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 empresas de trabajo temporal. En dicha norma ya se señalaba que, según las investigaciones llevadas a cabo –y que están basadas esencialmente en el llamado Informe Papandreu-, los trabajadores en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales, añadiendo que los riesgos suplementarios citados están relacionados en parte con determinados modos específicos de integración en la empresa, y que dichos riesgos pueden disminuirse mediante la información y formación adecuadas desde el comienzo de la relación laboral.

En el ámbito comparado, destacan países como Bélgica y Holanda, que - pioneros en la regulación de las empresas de trabajo temporal, en el caso holandés en 1965- siguen manteniendo la prohibición de recurrir a empresas de trabajo temporal en sectores como la construcción y el transporte terrestre, dado el índice de siniestralidad laboral que se produce en dichos ámbitos. Es también el caso de Italia, limitada también la actividad de dichas empresas en la agricultura y la construcción.

Como se ha comentado con anterioridad, la Ley 35/2010 viene a justificar la apertura en los trabajos considerados peligrosos en base a la transposición de la Directiva 2008/104/CE. Sin embargo, tomando en cuenta el texto de la norma comunitaria y las líneas de actuación de la Unión Europea a este respecto – previstas en la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo (2008-2012)¹⁹, más bien podría argumentarse justo lo contrario. Existe otra lectura de la Directiva, en la que nuestro punto de mira se ponga particularmente en las restricciones a la contratación a través de ETTs por razones de seguridad y salud.

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM(2007)62 final, Bruselas, 2007-.

En este sentido, el art. 4.1 de la norma comunitaria establecer que “las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, *sobre todo*, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, *a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo (...)*”. A esta conclusión podemos llegar también a partir de las menciones contenidas en el considerando número 18: “sólo pueden justificarse tales restricciones o prohibiciones por el interés general relativo, *en particular*, a la protección de los trabajadores por cuenta ajena, *las exigencias de salud y seguridad en el trabajo (...)*”.

Por el contrario, en la reforma destacan ausencias destacadas, en relación a la prevención de riesgos en el sector de ETTs. Así, por ejemplo, no se aborda un tema que sí que se ha empezado a tratar por parte de la jurisprudencia, esto es, la existencia de la responsabilidad que pueda llegar a tener la ETT en un supuesto de accidente de trabajo, en particular, en lo relativo al recargo de prestaciones²⁰, y su apoyo en la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991.

En España, la relación entre el trabajo temporal y la siniestralidad laboral está fuera de discusión, y se ha puesto de manifiesto reiteradamente por las instancias internacionales²¹. La temporalidad puede considerarse, de esta manera, como un factor explicativo de la elevada incidencia de accidentes laborales. Las variaciones anuales al alza en las cifras de accidentes laborales se observan sobre todo en el colectivo de trabajadores temporales, mientras que la siniestralidad en los trabajadores indefinidos se suele mantener más o menos estable en el tiempo.

²⁰ Así, alguna sentencia nos encontramos en el sentido de atribuir responsabilidad solidaria a la ETT como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, en especial cuando la ETT no cumple los mínimos niveles de vigilancia ni de protección de la salud e integridad de sus trabajadores, y, sobre todo, cuando el accidente se debe a una falta de formación del trabajador, deber que corresponde a la ETT. Así, la STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2010, señala que “la empresa ETT, no evaluó nunca el riesgo de la actividad laboral que iba a llevar a cabo el trabajador, no existió evaluación de riesgo alguno, ni el general, ni el específico para el puesto de trabajo que ocupó y desempeñó, por lo que es obvio, que incumplió las obligaciones estipuladas en la normativa antes citada, pues no dio a su trabajador formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo que ocupaba. Siendo obvio, que si esto fue así, es perfectamente responsable de lo acaecido, al igual que la empresa recurrente. Pues si el trabajador hubiera tenido formación suficiente, posiblemente no hubiera entrado en el interior del transbroker, estando éste en marcha, y con ello se hubiera evitado su muerte”.

²¹ Vid. Observatorio Europeo de Relaciones Laborales-EIRO (2002), “La siniestralidad laboral registrada aumenta en España por octavo año consecutivo”, p. 2; EUROFOUND (2002), “Temporary agency work in the European Union”, p. 3

Sin embargo, el mecanismo de la Ley 35/2010 es precisamente el contrario: la regla general es la apertura a sectores peligrosos, mientras que la regla específica que se establece como excepción se articula en base a que los agentes sociales pacten las restricciones por negociación colectiva antes de 31 de marzo de 2011. Con lo que, en unos sectores tan proclives a la siniestralidad laboral, se pondría potencialmente en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, en conexión con las garantías frente a la salud previstas en el art. 15 CE²². Sobre esta cuestión, la STC 160/2007, de 2 de julio, señala que “para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de dicha lesión se “ponga en peligro grave e inmediato la salud» (STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre, llamó «un riesgo relevante» que genere «un peligro grave y cierto para la salud del afectado”.

3.- La apertura a la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal por parte de la Administración Pública.

El art. 17 de la Ley 35/2010 introduce una nueva redacción a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 14/1994 bajo la rúbrica de “Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal”. Según dicho precepto, desde el 1 de abril de 2011 se suprimirán todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para celebrar contratos de cesión de trabajadores por ETTs, incluidas las establecidas para las Administraciones Públicas. Antes de esa fecha, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de esa supresión limitativa.

Se exceptúa de esa cesión de trabajadores a las AA.PP. en la realización de funciones que estén reservadas a funcionarios por norma con rango de Ley. De hecho, antes de que se promulguen los criterios a los que se refiere dicha disposición, algunas empresas de trabajo temporal ya han creado una división para actuar en este sector, habiendo publicitado esta vía a través de notas de

²² STC 62/2007, de 27 de marzo.

prensa²³, en vistas de la posibilidad que se les abre en relación al “mercado” potencial en el empleo público, a juzgar por los altos índices de temporalidad que son predicables de las administraciones públicas y que desde ya hace algunos años viene poniendo de manifiesto el Consejo Económico y Social²⁴. La única excepción estriba en que “las empresas de trabajo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos”.

La cuestión de la contratación a través de empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública ha sido siempre discutida por la doctrina a partir de la legalización de las mismas por parte de la Ley 14/1994. En un primer momento, en algunos sectores de la Administración Pública se recurrió a este tipo de empresas, interpretando que, ante el silencio de la Ley 14/1994, se permitía dicha posibilidad, siendo especialmente indicativas las prácticas que, en este sentido, había llevado a cabo la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de la adjudicación de contratos de asistencia técnica²⁵. Más recientemente, se ha generalizado la contratación a través de empresas de trabajo temporal en el ámbito de los servicios sociales, dentro de una tendencia a la laboralización de la Administración.

A pesar de que, con fecha 25 de marzo de 1998, se aprobó - en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados y con el apoyo de todos los grupos políticos²⁶-, una Proposición no de Ley contraria al

²³ Como es el caso de Adecco España. Dicha ETT estrena una división sobre la que se ha creado una potente infraestructura, destinada a actuar en el ámbito de las administraciones públicas. Aunque aún no se atreven a adelantar datos en España, ponen como referencia los de Adecco Francia, que estima gestionar 150.000 trabajadores entre 2010 y 2011. Vid.

<http://www.lasprovincias.es/v/20101018/dinero/administracion-incapaz-cubrir-puesto-20101018.html>

²⁴ Según el Informe del Consejo Económico y Social “Temporalidad en el Empleo Público” de 22 de diciembre de 2004, ya se destacaba que la incidencia de la temporalidad es, no obstante, muy diferente en las distintas AA.PP. Las mayores tasas de temporalidad las registran las entidades locales, situándose en el 29,7%; alcanza al 23% del empleo en las CC.AA; pero sólo el 13% en la Administración Central. Por su parte, la temporalidad en la sanidad alcanza un 29%, mientras que en el ámbito de la educación se sitúa en el 22%.

²⁵ SSTs 17 de enero de 1991, Ar. 58; 19 de enero de 1994, Ar. 352; 21 de marzo de 1997, Ar. 2612; 12 de diciembre de 1997, Ar. 9315. A favor de la legitimidad de dicha contratación, vid. STSJ Madrid 18 de marzo de 1999, Ar. 1072

²⁶ “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que emita instrucciones a la Administración central y periférica del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras de la Seguridad Social, así como las empresas públicas y concertadas de unos y otras dependientes, a fin de que empleen los

uso de las empresas de trabajo temporal por la Administración del Estado y las empresas públicas, el camino legislativo no transcurrió por aquí, sino que es a partir del año 2000 cuando se abre la posibilidad de contratar a través de este tipo de empresas, si bien sólo en determinados casos excepcionales previstos en el art. 196.3.e) del RD 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, para “la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos” con una duración máxima de 6 meses y sin posibilidad de prórroga, y posteriormente en la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos en el Sector Público. Asimismo, se contemplaba la prohibición de que, vencido su plazo de duración, se produjera la consolidación como personal del ente público –esto es, la imposibilidad de aplicar el art. 7.2 de la Ley 14/1994- En algunas administraciones se hizo una interpretación restrictiva de esta posibilidad, como fue el caso de Cataluña²⁷. Es, por tanto, este momento en el que comienza el camino a nivel legislativo que recientemente se intensifica a través de la apertura de mucho más amplio alcance que realiza la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2010.

La principal razón que se alega como ventaja de este sistema de cobertura de vacantes para la Administración es, según la patronal del sector -Asociación de Empresas de Trabajo Temporal (FEDETT) y la Asociación Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (AETT)- la de responder a criterios de eficacia, urgencia y de celeridad para cubrir determinados puestos, cuya provisión no puede esperar a la resolución del correspondiente proceso de selección.

Sin embargo, la apertura a las ETTs en la Administración Pública plantea serias dudas en relación al acomodo de estas como mecanismos de acceso respetuosos

servicios del INEM para las contrataciones temporales de carácter estacional, becas, campañas contra incendios, etc., que debieran realizar, excluyéndose la utilización de las empresas de trabajo temporal”.

²⁷ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña. Informe 1/01, de 13 de julio de 2001, según el cual “La Comisión Permanente entiende que las actividades comprendidas en la letra e) del apartado 3 del artículo 196 LCAP, denominadas «encuestas, recogida de datos y otros servicios análogos», hacen referencia a la obtención de datos por medio de encuestas de opinión y otros sistemas similares y que las actividades de registro, introducción o tratamiento de datos en soportes informáticos y otros formatos hacen referencia a procesos posteriores a la obtención de datos. No se pueden considerar incluidas en las actividades que se mencionan en la letra e) del apartado 3 del art. 196 y, por tanto, en ningún supuesto las puede llevar a cabo personal eventual (mediante la contratación administrativa regulada en la LCAP) ni se pueden ceder a empresas de trabajo temporal. Puede consultarse en Contratación Administrativa Práctica, Nº 9, Sección La administración opina, Mayo 2002, pág. 18, Editorial LA LEY.

con los principios de igualdad, mérito y capacidad, que quedan sustituidos por los criterios de selección de dichas empresas (art. 23 CE y 103.3 CE). Además, este tipo de procesos es básicamente incompatible con la propia actividad de las ETTs, que se caracteriza por la inmediatez en la puesta a disposición. Por ello, habría que poner en relación esta cuestión con otras disposiciones, en especial la Ley 30/2007, de contratos en el sector público y también la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el EBEP seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, transparencia e imparcialidad.

Existen otros mecanismos susceptibles de llevar a cabo –en el ámbito de lo público- los procesos de selección con garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, tales como:

- 1) los servicios públicos de empleo, que están llamados a cumplir esta función según lo previsto en el Convenio núm. 181 de la OIT de 1997, sobre Agencias de Empleo Privadas y del Convenio núm. 88 del Servicio Público de Empleo²⁸,
- 2) a través del recurso a las bolsas de empleo, normalmente reguladas por las entidades locales o autonómicas, una vez apreciada su necesidad y oportunidad, con el fin de objetivar la selección de interinos o eventuales, mediante las correspondientes bases en que normalmente se establecen los baremos y su valoración para establecer el orden preferencial de llamamiento.

En la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración²⁹, se insta a las Administraciones Públicas a:

²⁸ Cuyo art. 1.2 señala que “la función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción”.

²⁹ BOE 18-1-2011.

1. Instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración, para ejercer competencias que tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.

2. Que a través del Diálogo Social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.

3. Que por los órganos directivos de la función pública se continúen valorando todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que se garantice que cualquier incremento de efectivos se haga con base en estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, y que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra.

Asimismo, en dicha Resolución se señala que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de las cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren con empresas de trabajo temporal, han de determinarse, con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar. Asimismo, debe incrementarse la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de este tipo de empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

Por otra parte, teniendo en cuenta la coyuntura actual en la que nos encontramos, también el argumento del equilibrio financiero del sistema habría de barajarse en

este ámbito, siendo además que el art. 1 de la Ley 30/2007 establece que el objetivo de la Ley de Contratos en el Sector Público es, entre otros, garantizar una eficiente utilización de los fondos públicos, la selección de la oferta económica más ventajosa y la atención de los fines institucionales de carácter público que a través de los contratos administrativos se tratan de realizar. En este contexto, puede y debe llevarse a la práctica la función ejemplificadora por la que debería velar la Administración Pública. Y ello porque contratar a través de empresas de trabajo temporal sale más caro a las Administraciones Públicas que los mecanismos de que disponen las mismas a través de la contratación directa previstos por el EBEP. Este tipo de empresas poseen ánimo de lucro, por la propia configuración legal que se establece en la Ley 14/1994. Difícilmente se entiende que la Administración Pública haya de recurrir a este tipo de empresas con las limitaciones presupuestarias de contención del déficit público expresadas, entre otras normas, por el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de Medidas Extraordinarias para la Reducción del Déficit Público, en la que se destaca el esfuerzo de contención y reducción del gasto, medidas a las que debe contribuir toda la sociedad³⁰.

³⁰ Según la Exposición de Motivos del RD 8/2010 se trataría de “distribuir de la forma más equitativa posible el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas”.