

- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1998.
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, Madrid, 1995.
- CALVO GALLEGU, F.J., "La retribución de los trabajadores en misión tras la Ley 29/1999", en *Temas Laborales*, 2000, nº 53.
- CASTILLO, J.J., "Las nuevas formas de organización del trabajo", en AA.VV.: *Las nuevas formas de organización del trabajo*, MTSS, 1991.
- CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y sistema de Relaciones Laborales" RTSS, nº 13/1994.
- CRUZ VILLALÓN, J., "Outsourcing, contratas y subcontratas", X Congreso Nacional de Derecho del trabajo, Zaragoza, 28 y 29 de Mayo de 1999.
- DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", *Relaciones Laborales*, 2000.
- GALA DURÁN, C., "Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios", en *Relaciones Laborales*, 2000, nº 1.
- GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación*, ACARL, Madrid, 1994.
- GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, nº 130, 1981.
- GARCÍA PIQUERAS, M., Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios, Tirant lo Blanch, 1998.
- HERVÁS, J., "Doctrina jurisprudencial sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación", *AL*, nº 10, 1992.
- LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, *La Ley*, Colección Relaciones Laborales, 1999.
- MARTÍN VALVERDE, A. y OTROS, *Derecho del Trabajo*, Tecnos.
- MONTOYA MELGAR, A., El despido disciplinario y sus efectos. Estudios sobre el despido disciplinario. ACARL, 1989.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928", *RPS*, 1967, nº 74.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, nº 93, 1972.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., *Aranzadi Social, Jurisprudencia Social*, Septiembre 1998.

EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN

DULCE SORIANO CORTÉS*

ÍNDICE

1. Alcance del término "subcontratación"
2. Contenido de la información
3. Titulares del derecho de información
4. Sujetos obligados a facilitar la información
5. Consecuencias jurídicas del incumplimiento
6. Deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores

El art. 64,1,1 ET hace referencia al derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información trimestral sobre una serie de cuestiones relacionadas con la empresa, entre otras, "acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos,...y de los supuestos de subcontratación". Esta referencia legal expresa a los supuestos de subcontratación fue introducida por la Ley 2/1991, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación¹. Dicha ley fue derogada expresamente por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por su incorporación total a éste.

No toda la doctrina coincide en entender tal referencia expresa a los supuestos de subcontratación, como una novedad², sino que para algunos

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo. Universidad de Cádiz.

¹ Art. 1,3 de la Ley 2/1991, de 7 de enero (BOE 8 de enero): "Los representantes de los trabajadores deberán recibir al menos trimestralmente, información acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos..., así como de los supuestos de subcontratación". Esta ley tiene su origen en la presión ejercida por los sindicatos a través de la llamada "Propuesta Sindical Prioritaria" adoptada por UGT y CCOO en 1989, en la que se pretendía incrementar el control ejercido por los sindicatos sobre la contratación de personal y del empleo. Dicha ley fue criticada fuertemente por las asociaciones empresariales.

² BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones". *Revista de Trabajo*, nº 100, 1990 (monográfico), pág. 356; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", *R.T.*, nº 100, 1990, pág. 45.

autores el derecho a obtener información al respecto, podía entenderse implícito en la anterior redacción del art. 64,1 ET, en la que se recogía un deber genérico de información sobre “el programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa”³, por entender que el recurso a la subcontratación es un aspecto de la organización del proceso productivo y por tanto, la información sobre éste debe incluir la referida a las subcontrataciones. Sea cual sea, la opinión que se mantenga al respecto, lo cierto es que la mención expresa respecto de los supuestos de subcontratación resulta clarificadora, especialmente en momentos como el actual en el que asistimos a un progresivo auge de los procesos de subcontratación.

La referencia legal a este derecho de información sobre los supuestos de subcontratación que estamos analizando, es muy escueta por lo que son varias las cuestiones que al respecto pueden plantearse. Naturalmente, nada impide que a través de los convenios colectivos pueda pactarse una mayor extensión y concreción del contenido y alcance de este derecho de información.

1. ALCANCE DEL TÉRMINO “SUBCONTRATACIÓN”

Ante la parquedad de la norma, el primer obstáculo que encontramos consiste en precisar el alcance de la expresión “subcontratación”. Se trata de determinar si la referencia legal ha de entenderse en sentido estricto o en sentido amplio, es decir, si se está refiriendo exclusivamente a las subcontratas, entendiendo por tales, los contratos de ejecución de obras o servicios sobre la base de otro contrato de ejecución de obra o servicio, o bien, se refiere tanto a contratas como a subcontratas, abarcando así, cualquier supuesto en el que un empresario decide contratar a otro una determinada fase de su proceso productivo. Al respecto, parece haber unanimidad en la doctrina interpretando dicha expresión en sentido amplio, entendiendo que abarca tanto a las contratas como a las subcontratas⁴. La referencia legal no es sino una manifestación más del

³ GALIANA MORENO, J. M^a Y SEMPERE NAVARRO, A. “Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/1991”, *R.T* n° 100, 1990, pág. 480; MARTÍN VALVERDE, A. “La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo”, *R.T* n° 100, 1990, pág. 644; MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Cívitas, 1992, págs. 476-477; PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información sobre empleo y contratación*, Bosch, 1993, págs. 56-57

⁴ Entre otros, PÉREZ AMORÓS, F. “Derechos de información sobre empleo y contratación”, *op. cit.* pág. 58; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, *Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, *op. cit.* pág. 45; ALBIOL MONTESINOS, I. “Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas”, en *AAVV Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 324.

uso indiferenciado por parte del legislador del término “subcontratación”, como ocurre en el encabezamiento del art. 42,1 ET⁵. Una cuestión conectada a la anterior, se centra en determinar si la información sobre contratas y subcontratas debe referirse exclusivamente a las correspondientes a la propia actividad o si se refiere a cualquier tipo de contratas y subcontratas. En este punto la doctrina anda dividida de forma que algunos autores entienden que el art. 64,1,1º ET ha de conectarse con el art. 42,1 ET, y por tanto el concepto de subcontratación utilizado en este último se hace extensible al relacionado con los derechos de información del art. 64,1,1º ET, de forma que según esta interpretación quedarían fuera del deber de información todas aquellas contratas y subcontratas no referidas a la propia actividad del empresario, como pueden ser actividades de mantenimiento de instalaciones y maquinaria, transporte, etc⁶. Frente a esta postura, están los que entienden que el art. 64,1,1º ET no hace distinción alguno entre contratas y subcontratas referidas o no a la propia actividad, por lo que el derecho de información alcanza a todas ellas⁷. Así, las actividades complementarias contratadas por el empresario principal deben ser objeto de información, estén o no comprendidas en el ámbito de las responsabilidades laborales y de Seguridad Social del art. 42 ET porque la Ley 2/1991 no restringió su ámbito aplicativo a las contratas referidas a la propia actividad y porque todas ellas inciden en el volumen de empleo y pueden ser objeto de fraude en la contratación⁸. Esta interpretación “larga” se acomoda a la finalidad general de la Ley 2/1991, sobre derechos de información de los representantes

⁵ CRUZ VILLALÓN, J. “Outsourcing y relaciones laborales”, en *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS. 2000, pág. 297.

⁶ GARCÍA BECEDAS, G. “De la protección sindical de los contratos al derecho de información sobre la contratación laboral (estudio de una desvirtuación)”, *RT*, n° 100, 1990, pág. 317; GALIANA MORENO, J. M^a y SEMPERE NAVARRO, A.V. *El control sindical de los contratos*, *op. cit.*, págs. 66-67; DURÁN LÓPEZ, F. “Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma”, *RT*, n° 100, 1990, pág. 436; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. “Los derechos de información en la Ley 2/1991: Sujetos y ámbito de aplicación”, *RT* n° 100, 1999, pág. 64.

⁷ BAYLOS GRAU, A. *La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones*. *Op. cit.* págs. 357 y 358; CRUZ VILLALÓN, J. “Outsourcing y relaciones laborales”, en *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, *op. cit.* pág. 297, quien entiende que la información afecta tanto a las contratas de la propia actividad como las que sean “periféricas, complementarias o de infraestructura”; ALBIOL MONTESINOS, I. *Derechos colectivos en materia de contratación*, *op. cit.* págs. 327-328; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: Problemas y soluciones*, Fundación Confemetal, 1998, pág. 108; MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.* pág. 482.

⁸ MARTÍN VALVERDE, A. *La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo*, *op. cit.* pág. 640.

de los trabajadores en materia de contratación, de prevención de fraudes y abusos en la contratación y de control colectivo de las políticas empresariales que inciden sobre el empleo y la contratación⁹.

Una cuestión de gran trascendencia en la que doctrina discrepa abiertamente es la relacionada con una posible interpretación aún más amplia del concepto "subcontratación", me refiero a si dentro del mismo cabe dar acogida a cualquier manifestación de descentralización productiva, o si el precepto ha querido cerrar el círculo exclusivamente en torno a las contratas y subcontratas. En este sentido, algunos autores entienden que no se puede asimilar el fenómeno amplio de descentralización productiva y la subcontratación, dada la multiplicidad de supuestos que aquella abarca, entre otros la escisión de sociedades y la constitución de filiales, que entienden serían más bien reconducibles al fenómeno de la transmisión de empresas del art. 44 ET¹⁰. Igualmente, para ALBIOL MONTESINOS¹¹ la descentralización productiva abarca muchos otros supuestos, además de las contratas y subcontratas, y por ello, una interpretación tal amplia resultaría excesiva. Así, como apoyo argumental, este autor afirma que una de las manifestaciones de la descentralización productiva consiste en la individualización de una unidad productiva autónoma de la empresa que se cede a una filial o a un tercero, que se encuadra en el art. 44 ET que prevé la obligación del cedente, y en su caso el cesionario, de notificar dicho cambio a los representantes de los trabajadores de la empresa cedida, y por lo que se refiere a los derechos de información encuentra mejor acogida en el art. 64,1,5º ET en virtud del cual los representantes de los trabajadores tienen derecho a "emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del "status" jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo"¹². Según esta visión, si el legislador habla de "subcontra-

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit. págs 482 y 483.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., pág.483.

¹¹ *Derechos colectivos en materia de contratación*, op.cit. págs 325-326.

¹² Otro ejemplo en contra de una interpretación amplia aportado por este autor, es el supuesto del recurso a una empresa de trabajo temporal como otra manifestación posible de descentralización productiva. La norma específica sobre empresas de trabajo temporal, Ley 14/1994, de 1 de junio, prevalece respecto de la norma general, en concreto, su art. 9 establece que "la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de la utilización...", por lo que no cabe entender incluidos los contratos de puesta a disposición de la información a facilitar a los representantes de los trabajadores sobre supuestos de subcontratación, lo que no impide que tengan acogida en otro punto del art. 64,1,1º ET, en concreto en el referido a la información sobre "el volumen probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos...", en virtud del cual, ambos empresarios, el usuario y la empresa de trabajo temporal, tienen la obligación de informar a los respectivos representantes de los trabajadores sobre las realizaciones de contratos de puesta a disposición.

tación" es porque ha querido referirse sólo a una de las manifestaciones de descentralización productiva, las contratas y subcontratas, aunque algún autor apunta la posibilidad de incluir dentro de éstas, a otras modalidades contractuales siempre y cuando funcionen de forma equivalente¹³.

En cambio, otro sector doctrinal entiende que dicha expresión ha de abarcar no sólo a las contratas y subcontratas sino que incluye cualquier manifestación de descentralización productiva, ya que las decisiones empresariales al respecto suponen una exteriorización del empleo que repercute directamente en la evolución del mismo¹⁴. Al no limitar la ley las modalidades de subcontratación objeto de la información, resulta acertado entenderlo de forma amplia, abarcando toda manifestación de descentralización productiva, haya o no sido a través de una contrata o subcontrata¹⁵. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, quien entiende que "no se efectúa mención restrictiva a modalidad singular de contratación civil, mercantil o administrativa, lo que abre la posibilidad a integrar en la misma a todo tipo de fórmulas de fragmentación de la actividad productiva con encargo a un tercero de parte de lo desgajado". Este autor pone además de manifiesto la carencia que existe en nuestro ordenamiento respecto de la obligación de información y consulta a los representantes de los trabajadores en el "momento genético" de la descentralización productiva, cuando ésta es fruto de segregaciones de unidades productivas previas, que dan lugar al efecto subrogatorio, ya que si bien el art. 44 ET engloba no sólo supuestos de transmisión de empresa o centro de trabajo, sino también de unidades productivas autónomas, a la hora de regular el derecho de información parece olvidarse de éstas últimas y se refiere exclusivamente a las transmisiones totales de empresa, al establecer que "el cesionario está obligado a notificar dicho cambio a los representantes de los trabajadores de la empresa cedida". En concreto, las carencias del art. 44 ET son evidentes, especialmente si ponemos en relación su contenido con lo dispuesto en la Directiva 77/187/CEE, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, en la que, consciente de la mayor complejidad de las transmisiones parciales de empresa, se constata una regulación más amplia y pormenorizada del contenido del derecho de información¹⁶.

¹³ SALCEDO BELTRÁN, Mª.C. *La responsabilidad y subrogación empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios*. Tesis Doctoral dirigida por CAMPS RUIZ,L.M. Universidad de Valencia, 1997.

¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A. *La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo*, op.cit. pág.644; BAYLOS GRAU,A. *La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones*, op.cit. págs. 357 y 358.

¹⁵ PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información sobre empleo y contratación*, op. cit. pág. 58.

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", en *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, op.cit. pág. 297 y ss. Este autor contrasta las carencias del art. 44 ET en relación con la Directiva 77/187/CEE, en

Entiendo que si nos atenemos al texto literal de la norma, no cabe duda que el término "subcontratación" alcanza únicamente a las contrata y subcontratas en sentido estricto, pero si nos atenemos a una interpretación finalista de la norma la conclusión a la que podemos llegar difiere de la anterior, esto es, si entendemos que el derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de subcontratación, tiene una finalidad "profiláctica"¹⁷ o de evitación de situaciones patológicas de fraudes y abusos en la contratación en el empleo y de la preocupación del legislador por el control social y público de las políticas de empleo empresarial¹⁸, debemos inclinarnos por una interpretación amplia del concepto "subcontratación", ya que resulta más acorde con la finalidad de la norma antes aludida, especialmente porque el fenómeno de la descentralización productiva se presenta de múltiples formas, y aunque algunas de las cuales tienen prevista una regulación específica, como puede ser el ejemplo antes comentado, el supuesto de transmisión de una unidad productiva autónoma, las carencias de nuestra regulación legal ya se han puesto de manifiesto. Por ello, puede resultar conveniente hacer una interpretación extensiva respecto a los derechos de información, ya que pueden tener una incidencia directa o indirecta en el volumen de empleo. Así, una interpretación en este sentido amplio, puede contribuir a evitar algunos de los efectos no deseados por el legislador, en quien constatamos una constante preocupación por mantener informado a los representantes de los trabajadores en materias que puedan tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales, como así se manifiesta en el art. 64,1,12º ET.

2. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

Otro punto que resulta igualmente polémico es determinar si la información que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores se refiere a las

concreto pone de manifiesto las siguientes discrepancias: La Directiva establece el deber de informar respecto del cedente y cesionario, mientras que el art. 44 ET sólo lo hace respecto de los de la empresa cesionaria; la Directiva establece el deber de informar a todos los representantes de los trabajadores afectados y el art. 44 ET sólo se refiere a los representantes de la empresa cedida; la Directiva prevé una intervención de los representantes previa al traspaso, asimismo determina con detalle el contenido de la información que ha de suministrarse, en cambio, la normativa española permite que se produzca a posteriori y únicamente se refiere a un mero deber de notificación de dicho cambio; y finalmente la Directiva establece la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores con la intención de llegar a acuerdo y el art. 44 ET sólo habla de información, y no de consulta.

¹⁷ La Exposición de motivos de la Ley 2/1991 alude a la "función profiláctica" que cumple la norma, proporcionando a los representantes de los trabajadores "un más completo conocimiento de la dinámica de la contratación laboral y del empleo en la empresa y de su adecuación a la legalidad vigente".

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., pág. 477.

contratas y subcontratas ya celebradas o perfeccionadas, o bien, a las previsiones empresariales al respecto, es decir, las contrata y subcontratas futuras. Del mismo modo que en el punto anterior, encontramos criterios doctrinales discrepantes:

Un sector doctrinal, entiende que el deber empresarial se refiere a las contrataciones ya efectuadas¹⁹, si bien la ley debería haber precisado si la información ha de hacerse con carácter previo o no a la conclusión de las contrata y subcontratas.²⁰ Mantiene tal criterio en base a que la información acerca de las previsiones empresariales en esta materia puede ir contra el art. 38 C.E. por cuanto dicha información puede pertenecer a estrategias sobre planificación de la producción que pueden legítimamente ser consideradas como materias reservadas, y por otro lado, consideran que esta información supondría una fuente de compromiso vinculante para el empresario²¹.

Otro sector, en cambio, entiende que el art. 64,1,1º ET está pensando en un control preventivo del comportamiento empresarial, en coherencia con la finalidad "profiláctica", esto es, de evitación de fraudes en la contratación y en el empleo, a la que se refiere la exposición de motivos de la Ley 2/1991. Se trata de ejercer un control preventivo o cautelar en la "fuente", es decir, en el "momento genético"²² y no en el hecho de informar respecto a una irregularidad ya constatada. Como apoyo a tal criterio, habría que añadir que una interpretación sistemática del art. 64,1,1º ET, en el que se alude a la obligación de informar sobre la evolución probable del empleo en la empresa, conduce a tal postura. Además, en esta línea cabría añadir que la referencia a las "previsiones" sobre la contratación a la que se refiere el art. 64,1,1º ET, se hace extensible a los supuestos de subcontratación²³. Algunos autores, aunque entienden que el precepto se refiere a futuros supuestos de subcontratación, puesto que respecto de las contrata y subcontratas ya formalizadas, el ordenamiento contiene importantes reglas protectoras a través del art. 42 ET, no dejan de reconocer la dificultad de articular tal precepto, ya que informar sobre cues-

¹⁹ GALIANA MORENO, J. Y SEMPERE NAVARRO, A. *El control sindical de los contratos*, op. cit., pág. 68.

²⁰ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", RT, nº 100, 1990, pág. 253.

²¹ SALCEDO BELTRÁN, M. C. *La responsabilidad y subrogación empresarial en las contrata y subcontratas de obras y servicios*. Op. cit., págs 362 y ss..

²² MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., pág. 477. Si bien, este autor precisa que no cabe afirmar que estemos ante un "derecho de información "completo", es decir, que dicho derecho no abarca todo el desenvolvimiento vital del supuesto fáctico de la actividad de subcontratación, desde el momento genético hasta el momento funcional o de desarrollo ulterior de los supuestos de subcontratación".

²³ MONEREO PÉREZ, J.L. "Grupos de empresa y subcontratación", en BAYLOS GRAU, A. y COLLADO, L. *Grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, págs 246-247.

tiones tales, puede comprometer los intereses de la empresa y pueden suponer un atentado al art. 38 CE. Si bien, no puede decirse que el empresario venga obligado a tener que llevar a cabo tales previsiones ni a que éstas se ajusten a la realidad, por lo que en modo alguno pueden considerarse vinculantes. Se trata, por tanto, según estos autores, de un mandato poco operativo en la práctica, y fuente de posibles situaciones conflictivas²⁴.

Una tercera postura doctrinal²⁵, entiende que deben ser objeto de información tanto las contrataciones y subcontratas ya realizadas como las previsiones en materia de subcontratación. Dicha interpretación se entiende que es la más coherente si ponemos en relación este deber de información con otros previstos en el propio art. 64,1,1º ET, como son: "evolución general del sector económico al que pertenece la empresa", "programa de producción", "evolución probable del empleo en la empresa" y previsiones sobre la celebración de nuevos contratos²⁶. Algún autor añade que la información en materia de subcontratación debe ir aún más lejos, abarcando también la finalización de las mismas²⁷, al entender que dicha interpretación se adapta mejor a la propia finalidad de la norma y en consonancia con ésta, tales informaciones han de contener el mayor número posible de datos²⁸. La información sobre "previsiones" de subcontratación no condiciona en modo alguno la actuación empresarial en el futuro, es decir, no tienen carácter vinculante, y además, no vulnera el art. 38 CE por cuanto tal derecho no puede ser interpretado en términos tales que recorte los derechos de información de los representantes de los trabajadores. Además, el contenido de tales informaciones queda protegido por el art. 65,2 ET que establece un deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores respecto de las informaciones que puedan recibir por esta vía, como luego analizaremos. A esto podríamos añadir, que las críticas que los

²⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y MONTOYA MELGAR, A. *El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, Madrid, 1990, págs. 57 y ss; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. *Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, op.cit. págs. 45-46; MONTOYA MELGAR, A. "El proyecto de ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", RT n° 100, 1990, págs. 389-390.

²⁵ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. "Los derechos de información en la Ley 2/1991: Sujetos y ámbito de aplicación", RT n° 100, 1999, pág. 64; ALBIOL MONTESINOS, I. *Derechos colectivos en materia de contrataciones y subcontratas*, op.cit. págs. 334 y ss.

²⁶ PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información sobre empleo y contratación*, op.cit. pág. 59

²⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. *Derechos colectivos en materia de contrataciones y subcontratas*, op.cit. págs. 334 y ss.

²⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. *Derechos colectivos en materia de contrataciones y subcontratas*, op.cit. pág. 335; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. "Los derechos de información en la Ley 2/1991: Sujetos y ámbito de aplicación", RT n° 100, 1999, pág. 64

detractores de una interpretación amplia formulan alegando violación del art. 38 CE serían extrapolables a buena parte del contenido del propio art. 64,1,1º ET, ya que informaciones sobre el programa de producción y evolución probable del empleo, previsiones sobre celebración de nuevos contratos, etc podría decirse que comprometerían información que en determinados supuestos cabría calificar también de legítimamente reservada. Este planteamiento resulta de todo punto insostenible porque, entre otros argumentos ya expuestos, vaciaría en gran medida el contenido del derecho de información de los representantes de los trabajadores, cuya protección no sólo la encontramos en el plano de la legalidad, como venimos analizando, sino desde una perspectiva constitucional. La exigencia última de un sistema de información en la empresa cabe fundamentarla a través de dos vías constitucionales: la efectiva participación en la empresa (art. 129,2 CE) y el derecho de negociación colectiva (art. 37,1 CE), respecto de los cuales el derecho de información actúa como instrumento al servicio de ambos derechos²⁹. Por todo lo expuesto, entiendo que esta interpretación amplia es la más acertada.

Como es obvio, al tratarse de un deber de información periódico, es decir, se trata de una información que se ha de facilitar trimestralmente según establece el art. 64,1,1º ET, el contenido de la información versará bien sobre las contrataciones y subcontratas que se prevean celebrar en los tres meses siguientes, o bien sobre las que se hayan celebrado en los tres meses anteriores, o bien sobre ambas cuestiones. Todo dependerá de la opción seguida en el punto que acabamos de analizar.

3. TITULARES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

No parece existir problema alguno en afirmar que los titulares de este derecho son los representantes de los trabajadores en sentido amplio, entendiéndose por tales tanto la representación unitaria como la sindical, ya que si bien el art. 64,1,1º ET se refiere al comité de empresa, el art. 62,2 ET hace extensibles las competencias de éste a los delegados de personal y por lo que se refiere a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa, el art. 10,3 LOLS los equipara a la representación unitaria haciéndoles beneficiarios de las mismas garantías y competencias³⁰.

Evidentemente la información habrá que facilitarla al órgano correspondiente dependiendo de cómo esté estructurada la representación en la empresa.

²⁹ GARRIDO PÉREZ, E. *La información en la empresa*, CES, 1995, págs. 37 y ss.

³⁰ El Tribunal Constitucional se pronuncia en este sentido en la STC 142/1993, de 22 de abril, al resolver el recurso que se planteó contra la Ley 2/1991, declarando que el derecho de información "se establece a favor de los delegados de personal y del Comité de empresa, y sólo se extiende a los delegados sindicales en virtud del art. 10,3 de la LOLS". Sentencia citada por SALCEDO BELTRÁN, M.ª C. *La responsabilidad y subrogación empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios*, op.cit. pág. 350.

Así, respecto a la representación unitaria, habrá de comunicarse a cada uno de los delegados de personal, puesto que su actuación es mancomunada (Art. 62,2 ET), al comité de empresa, al comité conjunto si estuviésemos en el supuesto del art. 63,2 ET, o al comité intercentros si así se hubiese previsto en convenio colectivo y tuviese atribuida tales funciones de recepción de la información (art. 63,3 ET). Y por lo que respecta a la representación sindical, a los delegados sindicales, en tanto no sean miembros del comité de empresa (art.10,3 LOLS).

No gozan, por tanto, de tal derecho ni los sindicatos ni las secciones sindicales ya que entre las competencias que la Ley Orgánica de Libertad Sindical les atribuye, no se encuentra tal derecho (art. 2,2 y 8,2 LOLS, respectivamente).

Conviene precisar también si la información ha de suministrarse a nivel de centro de trabajo o bien en relación al conjunto de la empresa. La ley no concreta tal cuestión, pero parece más acertado entender que el deber de información se refiere a la empresa en su conjunto³¹, aunque el centro de trabajo en cuestión no resulte directamente afectado³². A esta conclusión llegamos si reparamos en las otras cuestiones objeto de información del art. 64,1,1º ET, como son el programa de producción y evolución probable del empleo, en los que la referencia legal es a la "empresa" y no al centro de trabajo, por lo que resulta coherente entender que la información en los supuestos de subcontratación se refiere también al ámbito de la empresa.

Parece acertado afirmar que el empresario quedará dispensado de facilitar tal información en los supuestos de empresas en las que por ser de pequeñas dimensiones no dispone del número necesario de trabajadores para constituir los correspondientes órganos de representación o no se haya procedido a su elección³³.

4. SUJETOS OBLIGADOS A FACILITAR LA INFORMACIÓN

En este punto tratamos de determinar cuál de los empresarios intervinientes en el proceso de subcontratación es el obligado a facilitar tal información a los representantes de los trabajadores. Una vez más, la parquedad e imprecisión de la ley nos lleva a varias interpretaciones posibles.

Por un lado, cabe entender que el sujeto obligado es únicamente el empresario principal, como titular de la organización productiva, y no cada uno de los empresarios que intervienen en el proceso de subcontratación, en relación a sus respectivos trabajadores³⁴.

³¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. *Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, op.cit. pág.46.

³² ALBIOL MONTESINOS, I. *Derechos colectivos en materia de contratos y subcontratas*, op.cit. pág. 337.

³³ MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., pág. 485.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit., pág. 484.

Pero cabe igualmente considerar, como ampliamente expone ALBIOL MONTESINOS, que la obligación de informar alcanza no sólo al empresario principal sino también al empresario contratista³⁵. Al empresario principal por su incidencia en el programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, ya que el recurso a la contrata puede llevar en último término a la reducción del empleo en la empresa a través del despido económico individual (art.52,c ET) o colectivo (art.51 ET), si se demuestra que ésta es una vía hábil para asegurar la viabilidad o competitividad de la empresa. Pero el recurso a una contrata no sólo puede suponer una reducción del empleo sino que puede suponer un supuesto de aumento del mismo, tanto en aquellos casos en que la contrata sea una mera apariencia encubriendo una cesión ilegal de los trabajadores y tal como prevé el art. 43,3 ET los trabajadores opten por adquirir la condición de fijos en la empresa cesionaria; como también en aquellos supuestos de extinción de la contrata con la consiguiente reversión a la empresa principal, de la gestión de los servicios hasta ahora contratados, cuando se prevea en convenio colectivo que los trabajadores adscritos a la contrata continúen sus contratos de trabajo con la empresa principal, debiendo en tal caso ser el convenio colectivo también aplicable a ésta. Los mismos argumentos caben esgrimir respecto del empresario contratista, dado que la celebración de una contrata puede igualmente incidir en su volumen de empleo, aumentándolo aunque sea de forma temporal, especialmente a partir del discutible nuevo criterio mantenido por el TS, según el cual se viene admitiendo la celebración de una contrata como causa habilitante de la celebración de contratos para obra y servicio determinado³⁶; o disminuyéndolo cuando la extinción de la contrata suponga la de los contratos vinculados a ella. Por todo lo expuesto, parece acertado entender que el deber de información incumbe tanto al empresario principal como del contratista respecto de sus respectivos trabajadores por la incidencia que el recurso a la externalización de servicios pueda tener en el volumen de empleo.

Además, podríamos traer a colación lo dispuesto en la Directiva 77/187/CEE respecto de un supuesto de descentralización productiva, como es el de transmisión de una unidad productiva autónoma, al que antes nos hemos referido, en el que la norma comunitaria establece el deber de informar tanto al

³⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. *Derechos colectivos en materia de contratos y subcontratas*, op.cit. págs. 390 y ss, quien con mayor amplitud desarrolla los argumentos que a continuación referimos.

³⁶ STS 26/9/1992, Ar. 6816; 17/393, Ar. 1886; 4/5/95,u.d., Ar. 3476; 30/11/92,u.d., Ar. 9292; 15/1/97, Ar. 497; 25/6/97,u.d., Ar. 6133; 23/6/98,u.d., Ar. 5843. Sentencias citadas todas ellas por ALBIOL MONTESINOS, I. *Op.cit.* en las que se argumenta que si bien una contrata no responde en sentido estricto al objeto del contrato para obra y servicio determinado, sí cabe entender que estamos ante una necesidad temporal de mano de obra con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa que tendría acogida en los art. 49, 2 6 3 ET, como condición resolutoria o como término atípico.

empresario cedente como al cesionario. Esta regulación para un supuesto concreto, puede servirnos de orientación para entender que el deber de informar a los representantes de los trabajadores se predica en sentido amplio respecto de los empresarios implicados.

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento del deber de información por parte del empresario aparece tipificada como infracción grave en el art. 95,7 ET. La sanción correspondiente se graduará atenuándola o agravándola en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, de la cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada (art. 36 y 37 LISOS), pudiendo incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente en caso de reincidencia (art. 38 LISOS). La autoridad competente para sancionar será la establecida en el art. 47 LISOS. La protección de este derecho de información se refiere tanto a la previsión legal como a la posible extensión del contenido del mismo vía negociación colectiva, es decir, si el convenio colectivo ha extendido bien subjetiva u objetivamente este derecho su incumplimiento por parte del empresario será sancionado igualmente dado que el art. 95,7 ET entiende que la protección de este derecho abarca tanto la previsión legal como convencional del mismo.

6. DEBER DE SIGILO PROFESIONAL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Los representantes de los trabajadores están obligados a guardar sigilo profesional respecto de la información facilitada en virtud del art. 65,2 ET tanto durante el mandato representativo como una vez finalizado éste, y en especial, respecto de aquellas materias que el empresario declare expresamente como información reservada. Además, los documentos que la empresa haya facilitado a la representación de los trabajadores no podrá ser utilizada fuera del estricto ámbito de la misma ni para fines distintos de los que motivaron su entrega.

El fundamento del deber de sigilo lo encontramos en el principio de buena fe contractual recogido en los arts. 5,a) y 20,2 ET. En todo caso, aunque la norma se refiere a una declaración por parte del empresario, parece lógico entender que para exigir tal deber de sigilo debemos estar ante información objetivamente reservada, es decir, el carácter reservado o no de la información no puede dejarse a criterio exclusivo del empresario pues en tal caso éste podría hacer un uso arbitrario del mismo. Como criterio de referencia podría usarse el del perjuicio del empresario, de forma tal que, podría considerarse reservada

una materia que real o potencialmente pueda acarrear daños a la empresa. Es evidente que dicho criterio entraña dificultad práctica, en cuanto no será fácil determinar cuándo una información es perjudicial o no para el empresario. En este sentido, se ha apuntado por la doctrina la posibilidad de llegar a un acuerdo entre empresario y comité de empresa sobre la necesidad de entender como reservada una determinada información, y en caso de discrepancia cabría acudir a un árbitro³⁷. En todo caso, el carácter reservado de una determinada materia se entiende que habrá de determinarse en el momento de su suministro, ya que en caso contrario no parece lógico que pueda alegarse con posterioridad una transgresión del deber de buena fe.

Lógicamente este deber de sigilo no puede ser llevado al extremo de identificar el "sigilo" con un deber de "secreto" en sentido estricto, puesto que tal criterio vendría a anular una facultad intrínseca al ejercicio mismo de la función representativa como es el derecho a informar. Asimismo, dicha interpretación vendría a atentar indirectamente con el derecho de participación de los trabajadores en la empresa reconocidos tanto a nivel constitucional, en los art. 9,2 y 129,2 CE, como a nivel legal, en los art. 4,1, g) y 61 ET ya que, entre otras formas de participación posible, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de sus representantes.

Pero igualmente podemos añadir que una interpretación extrema del deber de sigilo supondría la vulneración por un lado del derecho a la libertad de expresión reconocida tanto en el art. 20,1 a) CE como en el art. 68, d) ET y por otro lado, supondría un atentado contra el deber de los representantes de los trabajadores de informar a éstos sobre aquellas cuestiones que tengan una directa o indirecta repercusión en las relaciones laborales, recogido en el art. 64,1,12 ET.

Por tanto, habrá que ponderar los derechos o intereses en juego buscando un equilibrio entre ellos. De esta forma, los representantes de los trabajadores deberán utilizar de forma prudente la información obtenida con arreglo al principio de buena fe antes mencionado. Esto por lo que respecta a nivel interno de la empresa, es decir, respecto a la relación entre representantes y representados, pero frente a terceros ajenos a la empresa puede decirse que este deber de discreción se hace más intenso, ya que afecta a la competencia empresarial, y de ahí que la norma expresamente prohíba la difusión de documentos entregados por la Dirección fuera del estricto ámbito de la empresa y para fines distintos a los que motivaron su entrega³⁸. Por tanto, cabe decir que estamos ante un doble límite del derecho de información: por un lado, deber de discreción respecto de materias consideradas reservadas o confidenciales, y por otro, un deber de no divulgación fuera de la empresa de los documentos recibidos por la Dirección y para fines distintos que los motivaron. No obstante, en deter-

³⁷ GARRIDO PÉREZ, E. *La información en la empresa*, op.cit. págs. 352-353.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op.cit. págs. 302-303.

minados supuestos será lícito extraer información fuera del contexto de la empresa y facilitarla a terceros, como pueden ser las autoridades públicas, cuando estén en juego otros "intereses prevalentes y absolutos"³⁹.

La transgresión por parte del trabajador del deber de sigilo no aparece tipificada expresamente, por lo que no cabrá imponer sanción administrativa, pero en modo alguno va a suponer que quede exenta de sanción, cabrá en todo caso, llevar a cabo un despido disciplinario por transgresión del deber de buena fe (art. 54,2, d) LET).

B.

Empresas de Trabajo Temporal y Cesión de Trabajadores

³⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F. "El deber de sigilo de los representantes del personal", *AL*, n^o 9, 1992, págs. 131 y 132

**A PROPÓSITO DE LAS RELACIONES
TRIANGULARES: UNA COMPARACIÓN ENTRE LAS
EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y LAS
ASOCIACIONES INTERMEDIARIAS**

CHRISTELLE MAGOT*

INDICE

1. Introducción
2. Las condiciones de licitud del préstamo de mano de obra; 2.1. Las estructuras autorizadas a practicar el préstamo de mano de obra; 2.1.1. El régimen jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal; 2.1.2. El régimen jurídico de las asociaciones intermedias; 2.2. El régimen jurídico de la actividad de mano de obra; 2.2.1. La actividad de préstamo de mano de obra; 2.2.2. La actividad de inserción
3. El régimen jurídico del préstamo de mano de obra ilícito; 3.1. Las relaciones contractuales entre las partes en la operación de préstamo de mano de obra; 3.1.1. La regulación del contrato de puesta a disposición; 3.1.2. La regulación del contrato de misión; 3.2. La protección de los trabajadores en la operación de préstamo de mano de obra; 3.2.1. Los derechos individuales de los trabajadores temporales; 3.2.2. Los derechos colectivos de los trabajadores temporales

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de la fórmula del trabajo temporal podemos situarlo en Gran Bretaña; aunque ha sido utilizada con frecuencia en Estados Unidos y desartada constantemente también en Europa. En Francia, los trabajadores temporales representan una parte importante de los empleos; en 1999, representaron un total de 454.000 empleos, [en términos de empleo a tiempo completo]; es decir, un 1,9% de la población activa. Si bien, podemos afirmar que el recurso al trabajo temporal ha ido en aumento con el paso del tiempo. En efecto, desde 1997 la tasa de crecimiento medio es de 19,6 % por año¹, aunque se produce

* Allocataire de recherche, COMPTRASSEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV.
Traducción realizada por Marta Luisa Pérez Guerrero.
¹ Document DARES, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, 2000-2, n° 06.1.
TEMAS LABORALES N° 56/00, Pgs. 137-161.

contrato de trabajo. Este tipo de asociación responde a necesidades particulares de pequeñas empresas para las que el recurso a los contratos de duración determinada plantea dificultades. Distintas a este tipo de asociación aparecen aquellas cuyo objetivo es la inserción de personas con dificultades. Así, una ley de 1987 creó las "asociaciones intermeditarias"⁴ que tienen por objeto colocar a las personas con dificultades para facilitar su inserción profesional y social. Este objetivo es el mismo para las asociaciones de servicios a personas creadas por la Ley de 31 de diciembre de 1991, pero su actividad está limitada a las tareas domésticas y familiares. Y, entre las empresas y las asociaciones, encontramos las "empresas de trabajo temporal para la inserción". Son empresas de trabajo temporal cuya actividad exclusiva consiste en facilitar la inserción profesional de las personas sin empleo con dificultades sociales y profesionales particulares, por medio de contratos de trabajo temporal. En realidad, se trata de una extensión del marco de las relaciones triangulares y comparando las distintas

estructuras autorizadas para llevar a cabo el préstamo de mano de obra, parece más interesante centrarnos en las ETTs y las asociaciones intermeditarias. Nos centraremos en las empresas de trabajo temporal porque son las únicas estructuras autorizadas para llevar a cabo el préstamo de mano de obra con ánimo de lucro, de un lado, y de otro, porque su aparición y su desarrollo es objeto de estudio constantemente. Mencionaremos también las empresas de trabajo temporal para la inserción, porque son muy numerosas y porque su actividad se somete en su totalidad al régimen jurídico de las ETTs, a excepción de la duración máxima del contrato de trabajo temporal que puede llevarse hasta 24 meses prórrogas incluidas. En segundo lugar, limitaremos el estudio de las estructuras que practican el préstamo de mano de obra a título no lucrativo a las asociaciones intermeditarias, porque son las estructuras más representativas. En efecto, las asociaciones de servicios son en realidad asociaciones intermeditarias con actividad limitada. Y, por lo que se refiere a las agrupaciones de empresas, quedan excluidas de este estudio porque no responden totalmente a las mismas razones en su nacimiento que las otras asociaciones; además sólo existen en ciertos sectores de actividad. Por todo ello, nos limitaremos a la comparación entre las asociaciones intermeditarias y las ETTs.

Además del marco y del régimen jurídico del préstamo de mano de obra, esta comparación puede llevarse al momento de la aparición de las ETTs y las asociaciones intermeditarias. En este punto, nos referiremos antes a las ETTs. La aparición de la figura del empresario de trabajo temporal ha provocado diversas reacciones, y el interés otorgado al trabajo temporal resurge regularmente al ritmo de las reflexiones sobre el futuro de las relaciones de trabajo. Durante los años setenta, período de expansión del trabajo temporal, el debate se agudiza. Los detractores⁵ califican las estructuras de préstamo de

una inflexión al pasar de 35,4% entre 1997 y 1998, a 11% entre 1998 y 1999. Sin embargo, aunque lenta, esta progresión ha sido constante y no presenta fase de regresión para el año 2000, teniendo en cuenta el contexto económico de regresión y la integración sistemática del trabajo temporal en las políticas de gestión de la mano de obra. El recurso a este modo de trabajo se caracteriza por la flexibilidad en función principalmente de la variabilidad de la duración de las misiones. Pero, las ventajas de este tipo de empleo para las empresas no se limitan a misiones de características variables. Permite eludir ciertas rigideces como el preaviso al finalizar la misión. Por otro lado, permite también obtener el personal preseleccionado conforme a las necesidades de la empresa.

No obstante, la relación triangular resultante del trabajo temporal no se identifica con el esquema tradicional de la relación triangular, ya que un de trabajo. Es la primera particularidad de la relación triangular, ya que un momento va a intervenir en la relación de trabajo. Sin embargo, a partir del legislador interviene para remediar los peligros y abusos provocados por la práctica de las empresas de trabajo temporal (ETTs, en adelante). Interviene en primer lugar para limitar y precisar el ejercicio del préstamo de mano de obra cuando se utiliza con ánimo lucrativo. En segundo lugar, el legislador presenta nuevas líneas en la regulación de las agrupaciones de empresarios. Por último, ha intervenido para incitar a utilizar el préstamo de mano de obra a título no lucrativo a fin de facilitar la inserción de las personas sin empleo por la actividad económica. Unas y otras estructuras se insertan en las relaciones triangulares en la medida en que tienen vocación de proceder al reclutamiento de trabajadores para ponerlos a disposición de otros.

Según que nos encontremos al nivel de empresas o de asociaciones. La distinción clásica entre las ETTs con ánimo de lucro y las asociaciones sin ánimo de lucro, cuyo objetivo es la inserción por actividad económica, se ha visto ligeramente embanillada por la aparición de las "empresas de trabajo temporal para la inserción".⁶ Para clarificar la exposición es necesario que nos detengamos en la distinción. Así, de un lado, las estructuras autorizadas para llevar a cabo el préstamo de mano de obra a título lucrativo son siempre y exclusivamente las ETTs. Y de otro, las estructuras que practican el préstamo de mano de obra sin ánimo de lucro son siempre las asociaciones. Pero dentro de las asociaciones es necesario distinguir las agrupaciones de empresarios de las "asociaciones de inserción". Las agrupaciones de empresarios creadas por una Ley de 1985⁷ son agrupaciones de personas físicas o jurídicas, dentro del ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo, donde el objetivo exclusivo es poner a disposición de sus miembros, los trabajadores ligados a estas agrupaciones por un

² N del T: Se trata de las *entreprises d'insertion*; cuya traducción literal es la de empresas de trabajo temporal para la inserción, a la que hemos preferido acudir dada la falta de una institución similar en el ordenamiento jurídico español.
³ Ley nº 85-772, de 25 de julio de 1985.

⁴ N. del T.: El término original es *associations intermédiaires*.

⁵ G. Caire, "Les nouveaux marchands d'hommes?" *Etude du travail intermédiaire*, Paris.

Les éditions ouvrières, coll. Relations sociales.

blice que "toda operación con ánimo de lucro que tenga por objeto exclusivo el préstamo de mano de obra esta prohibida y será sancionada conforme a lo previsto en el artículo L. 152-3, si no se realiza dentro del marco de las disposiciones del Código del trabajo sobre el trabajo temporal". Por otro lado, el artículo L. 125-1 del mismo Código prohíbe el tráfico de mano de obra, es decir, "toda operación a título lucrativo de sumministro de mano de obra que tenga por objeto causar un perjuicio al trabajador involucrado, o evitar la aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias o de convenios o acuerdos colectivos (...)". Consecuentemente y porque puede bascular hacia el campo de las actividades ilícitas, la actividad de préstamo de mano de obra con ánimo de lucro está perfectamente delimitada por los textos legales.

No obstante, a pesar de las críticas formuladas contra este tipo de actividad, no podemos olvidar la situación de aislamiento profesional en que se encuentran tan las personas que carecen de un empleo. Y, la ANPE no siempre aporta una respuesta adecuada a este tipo de situaciones, a pesar de que también juega un papel de intermediaria entre personas que buscan empleo y las empresas que demandan un trabajador. Y la duración del desempleo juega en su contra, de forma que el aislamiento profesional puede acompañarse de un aislamiento social. Por esta razón se crean estructuras intermedias que juegan un papel en la inserción profesional y social de las personas con dificultades. Es la Ley de 27 de enero de 1987 la que determina el origen de las asociaciones intermedias. Se trata de asociaciones sin ánimo de lucro que tienen por objeto dar trabajo a personas para facilitar su inserción profesional y social, poniéndoles a título oneroso a disposición de personas físicas o jurídicas. Aunque el objetivo de la inserción profesional pedonimaba ya en la Ley de 1987, es sobre todo después de la Ley de 29 de julio de 1998 cuando el objetivo de inserción social conoce disposiciones concretas dentro del marco de las asociaciones intermedias. Para convencernos, basta señalar que el objetivo de esta Ley es el de garantizar en la totalidad del territorio, el disfrute efectivo de los derechos fundamentales en los ámbitos del empleo, la colocación, de protección de la salud, la justicia, la formación y cultura, la protección de la familia y de la infancia¹¹. Así, se atribuye a las asociaciones intermedias un objetivo de inserción profesional, calificándolas en este texto de "socios esenciales" de los poderes públicos en la consecución de estos objetivos. El préstamo de mano de obra llevado a cabo por las asociaciones no conlleva fin lucrativo, y no les son aplicables las disposiciones del Código sobre el préstamo de mano de obra ilícita y el tráfico¹².

Por otro lado, la puesta a disposición practicada por las ETTs o las asociaciones se realiza en colaboración con la ANPE. Con ello se pretende mejorar la calidad de la inserción profesional y social de las personas en la búsqueda de empleo poniéndolas a disposición de empresas usuarias. Sin embargo, mientras

¹¹ Artículo 1 de la Ley de 29 de julio de 1998.

¹² Artículo L.129 del Código del trabajo.

mano de obra como "tráfico de hombres", y denuncian la "precarización del empleo" y "la ruptura de la colectividad del trabajo". Con esta fórmula, denuncian "el alquiler de hombres" que se lleva a cabo como el alquiler de cosas. Por el contrario, los partidarios de esta forma de trabajo encuentran ventajas socio-económicas nada despreciables; defienden esta forma discontinua de trabajo porque permite dedicarse a otras actividades.

Estos debates han resurgido en 1995, con motivo del Informe del Comisariado General del Plan elaborado bajo la dirección de Jean Boissonat. Este Informe propone la creación de un contrato de actividad que ampliará la relación laboral respecto a "su objeto, su espacio temporal y su ámbito personal". O, según Jean-Yves Kerbourc'h, el trabajo temporal será "una forma ya elaborada del contrato de actividad"⁷. El punto más controvertido durante los años 70 y que ha sido el punto central de las propuestas sobre las nuevas formas de empleo en el "contrato de actividad" o en el "estatuto de los trabajadores en activo"⁸, se refiere a la discontinuidad del empleo. Este aspecto era discutido, porque el carácter discontinuo de la actividad no permitía al trabajador beneficiarse de todos los derechos asociados a la presencia permanente de los trabajadores en la empresa. De donde surge la discusión en torno a la duración determinada o indeterminada del contrato que liga al empresario con el trabajador. Esta duda fue, por otra parte, disipada en la Ley de 3 de enero de 1972, texto que en su artículo 4 preveía que "el contrato se concierda por una duración determinada o indeterminada durante la cual el trabajador debe ser puesto a disposición". Finalmente, es la duración determinada la que predomina. Tras varias ordenanzas⁹ y modificaciones legislativas¹⁰, siendo la última la Ley de 12 de julio de 1990, los casos en que se permite el recurso al trabajo temporal son desde entonces estrictamente limitados. Además, la situación de los asalariados sometidos a esta modalidad contractual se aproxima a la de los trabajadores permanentes de las empresas usuarias a disposición de las cuales se encuentran. Y, a pesar de las ventajas que "el contrato de actividad" y "el estatuto de los trabajadores en activo" encuentran en la discontinuidad del empleo, un proyecto de ley anuncia la creación de una ley que sanciona el recurso abusivo al empleo precario.

Así, parece que la actividad de trabajo temporal queda, toda vez que algún tiempo, regulada de forma estricta para canalizar el ejercicio de esta actividad de mano de obra y evitar abusos. Tanto que esta actividad práctica cada con ánimo de lucro puede llegar a calificarse como préstamo de mano de obra ilícito o tráfico. En efecto, el artículo L. 125-3 del Código del trabajo esta-

⁶ F. Gandoín, "Pour une approche socio-économique du travail temporaire", *Droit social*, 1994.

⁷ J.-Y. Kerbourc'h, "Le travail temporaire: une forme de travail d'activité", *Droit social*, 1997, pp. 127-132.

⁸ F. Gandoín, "Du statut de l'emploi au statut de l'actif", *Droit Social*, 1995, pp. 535-544.

⁹ Ordenanza de 5 de febrero de 1982 y ordenanza de 11 de agosto de 1986.

¹⁰ Ley de 25 de julio de 1985 y Ley de 17 de enero de 1986.

riedad administrativa y de la obtención de una garantía financiera. El objeto de estas obligaciones es ejercer un ajustado control sobre este tipo de empresa para proteger a los trabajadores temporales.

El artículo L.124-10 del *Código del Trabajo* impone a todo empresario de trabajo temporal la obligación de enviar una declaración previa¹³ al inspector de trabajo sobre la situación de la empresa, en el momento de su creación, en caso de apertura de una sucursal, en caso de desplazamiento de la sede y de cesación de la actividad. Esta declaración debe contener ciertas menciones obligatorias¹⁴ que serán verificadas por el inspector, quien devolverá después un ejemplar al empresario. Sin este ejemplar, la empresa no puede ejercer ninguna actividad. El empresario que incumpla esta obligación se expone a una multa y/o pena de prisión, así como a la prohibición de ejercer la actividad del empresario de trabajo temporal durante un periodo de 2 a 10 años¹⁵.

Por otro lado, las ETTs deben proceder a la constitución de una garantía financiera que asegure, en caso de no poder hacer frente a su parte, el pago de los salarios, indemnizaciones y cargas sociales. En términos del artículo L.124-8 al. 1 del *Código del Trabajo*, en caso de insuficiencia de la garantía financiera, la Empresa Usaria sustituirá al empresario de trabajo temporal en el pago de las cantidades debidas a los trabajadores y a los organismos de la Seguridad Social que señalen estos trabajadores para la duración de la misión realizada en su empresa¹⁶.

La regulación de esta garantía es muy precisa. En efecto, según el artículo 124-7 del *Código del Trabajo*, sólo una sociedad de caución mutua, una empresa de aseguramiento, un banco o un establecimiento financiero habilitado a prestar aval, o un organismo de garantía colectiva autorizado por el Ministro de trabajo y el Ministro de economía, pueden otorgar tal garantía. Es necesario¹⁷ además que esta garantía tenga por objeto exclusivamente asegurar el pago de las cantidades debidas a los trabajadores temporales y los pagos accesorios¹⁸ inherentes a aquellos, así como las cotizaciones obligatorias debidas a los organismos de la Seguridad Social y el reintegro de prestaciones sociales¹⁹.

13 N. del T: el término empleado es el de "declaración prelabale a l'autorité administrative".
14 El artículo R. 124.1 del Código del Trabajo precisa que la declaración debe indicar la actividad proyectada, el nombre, la situación y el carácter jurídico de la empresa, la fecha efectiva de la actividad proyectada, la designación del organismo al que el empresario paga sus cotizaciones de Seguridad Social; así como el nombre de los trabajadores permanentes que la empresa emplee o proyecte emplear para asegurar el funcionamiento de los propios servicios.
15 Artículo L. 152-2 del Código del Trabajo prevé una multa de 25.000 francos, y en caso de reincidencia, una multa de 50.000 francos y/o pena de prisión de 2 a 10 años.
16 Artículo L. 124-8 al.3.
17 Artículo R. 124-8 del Código del Trabajo.

18 Indemnización e indemnización por permisos retribuidos.
19 El artículo L. 244-8 del Código de la Seguridad Social prevé que la garantía asegura el reintegro de las prestaciones sociales que son por ejemplo las indemnizaciones por enfermedad en los casos en que la ETT no haya pagado sus cotizaciones dentro de los plazos fijados.

que la inserción profesional es el objetivo común de las ETTs y de las asociaciones intermediarias, "las condiciones de licitud del préstamo de mano de obra" (2) son diferentes en la medida en que se trate de empresas o asociaciones. Y, a pesar de esta diferencia, "el régimen jurídico del préstamo de mano de obra" (3) es idéntico.

2. LAS CONDICIONES DE LICITUD DEL PRÉSTAMO DE MANO DE OBRA

La primera observación se refiere a la estricta regulación de la actividad de préstamo de mano de obra. Esta primera observación depende de la propia actividad de préstamo de mano de obra autorizada, ya que para ser legal, debe respetar las disposiciones del Código del trabajo relativas al trabajo temporal. Del mismo modo, para las asociaciones intermediarias, el encuadramiento legal está muy presente ya que tiende a la realización de un objetivo preciso; el de la inserción de personas con dificultad. Así, antes de ejercer su actividad, tanto las empresas como las asociaciones deben realizar un proceso suplementario para obtener la cualidad de ETT o de asociación. Consecuentemente, además de la actividad (2.2) también la propia estructura (2.1) debe someterse a un encuadramiento legal preciso para que la empresa o la asociación sean autorizadas a practicar el préstamo de mano de obra.

2.1. Las estructuras autorizadas a practicar el préstamo de mano de obra

Además de los pasos tradicionales que se exigen para la creación de una empresa o de una asociación, la creación de una ETT o de una asociación intermedia necesita otras gestiones suplementarias. Teniendo en cuenta la diferencia de objetivos, los requisitos varían; aunque la propia existencia de estas premisas es un elemento que acerca ambas estructuras. No obstante, es preferible analizar por separado las ETTs y las asociaciones intermediarias.

2.1.1. El régimen jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal

La actividad del empresario de trabajo temporal está estrictamente regulada por la Ley, que la somete al cumplimiento de ciertos requisitos. Mientras que algunas de estas obligaciones previas a toda actividad, otras van directamente ligadas a la específica actividad de estas empresas. Por otro lado, se les atribuye un importante papel en la formación profesional dentro del proceso de inserción, ya que los jóvenes constituyen más del 40% de los trabajadores temporales. Esta implicación en la formación profesional asemeja las empresas a las asociaciones en la medida en que permite una inserción profesional de mejor calidad.

Dos requisitos más se imponen a los empresarios de las ETTs con carácter previo al inicio de su actividad. Se trata de una autorización previa de la auto-

ción con la cuestión sobre si el contenido de las deudas constituye un obstáculo en la expedición de esta certificación, lo cierto es que para el Tribunal de Casación, la expedición de la certificación no exonera a la empresa usuaria de su responsabilidad en caso de insuficiencia o de falta de garantía³¹. Consecuentemente, esta obligación tiene por objeto tan sólo informar a las empresas usuarias del estado financiero de las empresas de trabajo temporal para que puedan medir los riesgos eventuales que asumen al recurrir a ellas.

Finalmente, durante su actividad, las Empresas de Trabajo Temporal están obligadas a entregar a las ASSEDIC, las copias³² de los contratos de trabajo temporal realizados durante el o los meses precedentes, finalizados o en curso de ejecución³³. Las ASSEDIC envían estas copias a las direcciones departamentales del trabajo y del empleo. Por otro lado, en cada establecimiento de trabajo temporal debe existir un anuncio sobre la comunicación de informaciones nominativas contenidas en las copias de los contratos temporales enviadas a las ASSEDIC, así como del derecho de los trabajadores temporales de acceso a estas informaciones nominativas³⁴.

2.1.2. El régimen jurídico de las asociaciones intermeditarias

De modo diferente a las ETTs que practican el préstamo de mano de obra con ánimo de lucro y cuyas obligaciones no se desvirtúan más que al control y la protección de los trabajadores, las asociaciones intermeditarias no persiguen otra meta que la inserción. Esto implica que las formalidades que deben cumplir están previstas esencialmente con el propósito de colaborar con los poderes públicos. De todos modos, en la Ley de 29 de julio de 1998, orientada a la lucha contra la exclusión, las asociaciones y sobre todo las de intermedicación se consideran "colaboradores esenciales" de los poderes públicos en la realización de los objetivos³⁵ marcados por esta ley.

Cuando el compromiso de caución a favor de la ETT llegue a su fin por las razones que sean, la actividad de esta empresa no puede ser continuada más que si ha obtenido otro compromiso de caución para que el pago de las deudas sea garantizado sin interrupción²⁰. La falta de certificado de garantía²¹, así como la falta de información²² y la ausencia de comunicación a la dirección departamental del trabajo y del empleo en caso de cese de la garantía²³, son sancionados penalmente²⁴. La rigurosidad que envuelve a esta garantía financiera no tiene otro objeto que proteger a los trabajadores temporales y a los organismos de protección social.

Sin embargo, para que esta garantía financiera sea eficaz, debe poder ejercitarse con rapidez. Esta prioridad concedida al carácter urgente de la misma aparece en las disposiciones sobre la puesta en práctica de la garantía²⁵. De este modo, desde la constatación de la crisis de la empresa²⁶, todo acreedor²⁷ puede dirigir al garante una reclamación de pago. El garante debe entonces pagar las cantidades debidas dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la demanda de pago²⁸. Este plazo de diez días se impone también a la empresa usuaria, cuando sustituye al garante en caso de que la caución no sea suficiente²⁹.

Además de los requisitos del informe previo de la Inspección de Trabajo y la garantía financiera, destinados a proteger a los trabajadores temporales, otra obligación pesa sobre las ETTs destinada esta vez a proteger las empresas usuarias. Se trata de una obligación de información impuesta por el artículo L.124-8 del Código del Trabajo; en virtud del cual las empresas de trabajo temporal deben suministrar a las empresas usuarias, si éstas lo solicitan, un certificado de los organismos de la Seguridad Social sobre su situación en cuanto al pago de sus cotizaciones. Así, la existencia de deudas de la ETT constituye un obstáculo para la expedición de esta certificación³⁰. A pesar de la diferente interpretación que sobre la Circular realizan el Tribunal de Casación y el Ministerio, en rela-

²⁰ Art. R. 124-26 del Código del Trabajo.

²¹ Art. R. 124-11 del Código del Trabajo.

²² Art. R. 124-12 del Código del Trabajo.

²³ Art. R. 124-27 del Código del Trabajo.

²⁴ Art. L. 152-2 1º del Código del Trabajo.

²⁵ Art. R. 124-17 a R. 124-21 del Código del Trabajo.

²⁶ Se considera en crisis [en failliance] toda empresa de trabajo temporal que, a la expedición de un plazo de 15 días siguientes a la recepción de la reclamación de un trabajador, un organismo de la Seguridad Social o de una institución social, no haya pagado todo o parte de las sumas reclamadas. También se considera en crisis toda empresa envuelta en un proceso de suspensión de pagos [redressement] o de liquidación judicial.

²⁷ Se trata exclusivamente de los acreedores del Art. R. 124-8 del Código del Trabajo.

²⁸ Art. R. 124-19 del Código del Trabajo.

²⁹ Según el artículo R-124-22 del Código del Trabajo, la empresa usuaria debe pagar las sumas debidas por la duración de la misión realizada en su empresa.

³⁰ Circular ACOSS nº 95-1 de 4 de enero de 1995.

³¹ Cas. Soc. 7 de marzo de 1984. Bull V, nº 90, p.69. Según esta sentencia, "la expedición de este documento que los organismos de la seguridad social están obligados a expedir en breve plazo sobre la base de las declaraciones vertidas por el empresario, no puede ni privarles del derecho que tienen reconocido en el artículo L.144 del Código de la Seguridad Social (ahora artículo L.123-7) de verificar la exactitud de estas declaraciones (...). ni constituir un obstáculo para la utilización de los medios que les otorgan los textos, sin restricción, para el pago de estas cotizaciones cuya exigibilidad ha sido revelada por los controles que pueden entranar investigaciones largas y complejas".

³² N. del T. La expresión original es "relevés"; para la que hemos preferido la traducción de "copias", si bien no parece que se trate tanto de una copia exacta de los contratos como una copia básica o un simple informe de los contratos celebrados.

³³ Art. L.124-11 del Código del Trabajo.

³⁴ Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, artículo 38, J.O. de 7 de enero de 1978.

³⁵ Los objetivos definidos por el artículo primero de la Ley sobre la lucha contra la exclusión son los siguientes: garantizar en todo el territorio el acceso efectivo a los derechos fundamentales en el ámbito del empleo, del alojamiento, de la protección de la salud, de la formación y cultura, de la protección de la familia y de los menores.

Las asociaciones constituidas al amparo de la Ley de 1 de julio de 1901 no pueden aparecer como asociaciones intermedias a menos que cumplan ciertas exigencias. Hasta el 1 de enero de 1999, las asociaciones intermedias deben obtener el consentimiento mediante decreto del jefe de cada uno de los departamentos en los que proyectan ejercer su actividad. Basta con que firmen un convenio con el Estado³⁶, convenio³⁷ que se concluya, previa comunicación a la asociación por razón de la actividad económica³⁸, entre la asociación intermedia y el jefe del departamento en el que la asociación se encuadra. El contenido del convenio recibe una atención especial ya que fija los límites de la actividad autorizada. Si la asociación sobrepasa estos límites, corre el riesgo de provocar la rescisión del convenio³⁹. Este convenio debe precisar principalmente "las características de las personas con dificultades que la asociación recibe"⁴⁰, para limitar la posible concurrencia con las ETTs⁴¹.

Además debe indicar "el territorio en el que la asociación tiene previsto ejercer su actividad"⁴². El convenio tendrá una vigencia máxima de tres años y será objeto de un balance de actividad anual que se envía al director del Departamento del Trabajo y del Empleo⁴³. Por otro lado, es necesario que las asociaciones intermedias puedan concluir convenios de cooperación con las ANPE⁴⁴, que determinen principalmente las condiciones de reclutamiento y puesta a disposición de los trabajadores de la asociación. Estos convenios pueden igualmente versar sobre la organización de las funciones de colocación, continuidad y de seguimiento de la colocación⁴⁵. Así, sólo las asociaciones que hayan concluido un convenio con la ANPE se beneficiarán de las ayudas suplementarias cuando lleven a cabo las puestas a disposición.

A causa de los riesgos inherentes a la actividad de préstamo de mano de obra, las estructuras autorizadas a realizar esta actividad se ajustan a un régimen legal muy preciso. Se regula igualmente la propia actividad de pres-

³⁶ Art. L. 322-4-16-3 del *Código del Trabajo*, resultado de la Ley de 29 de julio de 1998.

³⁷ El contenido de los convenios se especifica en el artículo 2 del Decreto n° 99-109 de 18 de febrero de 1999 sobre asociaciones intermedias.

³⁸ Este consejo ha sido reconocido legalmente en la Ley de 29 de julio de 1998. Tiene por objeto elaborar un plan plurianual para la inserción y el empleo.

³⁹ Art. 4 del Decreto n° 99-109 de 18 de febrero de 1999.

⁴⁰ Art. 2-1° del Decreto n° 99-109 de 18 de febrero de 1999.

⁴¹ *Vid. supra*.

⁴² Art. 2-2° del Decreto de 18 de febrero de 1999.

⁴³ Podemos destacar que las modificaciones introducidas por la Ley de lucha contra la exclusión son leves ya que el jefe del departamento es siempre el que actúa en la conclusión del convenio. Incluso cuando él no libra el acuerdo, si participa en la atribución del convenio; el acuerdo se libra por un año pero con reconducción tácita tras la recepción de la memoria anual de la actividad de la asociación.

⁴⁴ Art. 7 del Decreto 99-109 de 18 de febrero de 1999 relativo a las asociaciones intermedias

⁴⁵ Art. L. 322-4-16-3 del *Código del Trabajo*.

lamo de mano de obra, para evitar su confusión con el préstamo de mano de obra ilícito o el tráfico.

2.2. El régimen jurídico de la actividad de préstamo de mano de obra

Esta actividad se encuentra regulada a través de numerosos textos convencionales, legislativos y reglamentarios. Para las empresas de trabajo temporal, la actividad principal es el préstamo de mano de obra, mientras que para las asociaciones, la actividad tiene por objeto la inserción de las personas con dificultades. La actividad de préstamo de mano de obra no es más que un medio para que las asociaciones logren el objetivo de la inserción de los individuos a los que se dirige. Sin embargo, el préstamo de mano de obra lo llevan a cabo a la vez las ETTs y las asociaciones. Y, la inserción es también una preocupación común de estas estructuras a través de la política de formación profesional realizada por las empresas.

2.2.1. La actividad de préstamo de mano de obra

La regulación jurídica de la actividad de préstamo de mano de obra se refiere a la vez a los dirigentes y a la actividad en sí misma.

Por lo que se refiere a los dirigentes, el artículo L. 124-1 del Código del Trabajo dispone que la actividad exclusiva de una ETT es la de poner a los trabajadores a disposición de los usuarios. La empresa no puede efectuar otra actividad que la puesta a disposición de personal. Sin embargo, esta regla de exclusividad no prohíbe necesariamente al representante legal de una sociedad explotadora de una ETT, otras actividades, si bien actuarán dentro de un régimen jurídico distinto y con medios específicos⁴⁶. Si la constitución de varias sociedades se manifiesta como un artificio destinado a evitar las prescripciones legales y la regla de la exclusividad, estaremos ante una infracción al artículo L. 124-1 del Código del Trabajo⁴⁷.

Para los dirigentes de las asociaciones intermedias sólo se prevé una regla, la de la benevolencia. Para suscribir el acuerdo, no pueden ser administradores más que por personas "benvolas" que, por ellas mismas o a través de personas interpuestas, no tengan ningún interés directo en la actividad de la asociación o en sus resultados.

Además, esta regla de la benevolencia está reforzada por la prohibición dirigida a los administradores de repartir los eventuales excedentes de ingresos. La asociación debe utilizar la totalidad de los excedentes para las acciones que constituyen su objeto. Esta prohibición no se exige a las empresas de inserción, que por definición son empresas cuya actividad se ejerce a título lucrativo.

⁴⁶ Cas. Crim. 27 de mayo de 1984.

⁴⁷ Circular DRT n° 92-14 de 29 de agosto de 1994.

El público al que se dirigen las ETTs y las asociaciones intermediarias no es tan diferente en la medida en que, en general, son los individuos desprovistos de empleo. Cuando éstos tropiezan con dificultades profesionales, las dificultades sociales no tardan en aparecer. Sin embargo, es muy difícil establecer un criterio objetivo para distinguir las personas a las que se dirigen las asociaciones intermediarias. En efecto, la Ley de 19 de diciembre de 1989 estableció un criterio temporal ya que no permitía dirigirse más que a los beneficiarios del RMI, los parados de larga duración y los mayores de 50 años, por tanto, las personas privadas de empleo y privadas de subsidio por desempleo. Pero, por una parte, esta lista no era cerrada, y por otra, las dificultades sociales no están necesariamente ligadas a la duración de la ausencia de empleo sino al entorno de estos individuos. En consecuencia, parece oportuna la supresión de esta lista no exhaustiva en la Ley de 1998. Y, para evitar controversias, la propia Ley exige de las asociaciones que ellas precisen en su convenio "las características de las personas en dificultad a las que se dirigen".

Hasta el 1 de julio de 1999, fecha de entrada en vigor de esta Ley, existía otra diferencia entre la actividad de las asociaciones intermediarias y las ETTs, relativa a su campo de intervención. El personal de las asociaciones no debía ser puesto a disposición más que para actividades no aseguradas todavía por la iniciativa privada o por la acción de los organismos públicos o financiados por recursos públicos. Esta disposición ha sido suprimida, tanto las asociaciones de intermediación como las Empresas de Trabajo Temporal, pueden poner a su personal a disposición de toda clase de empresas. Sin embargo, la semejanza no termina aquí, y podemos decir que la actividad de las ETTs se acerca a la de las asociaciones a través del papel de formación profesional que las empresas de inserción se atribuyen; precisamente con la intención de legitimar su acción.

"El desarrollo de la formación en beneficio de los trabajadores temporales, que exige el reconocimiento de este papel, requiere medios financieros adaptados". En estos términos se expresó el Acuerdo Interprofesional de 24 de marzo de 1990. Por otro lado, el acuerdo nacional relativo a la formación profesional de las ETTs de 15 de octubre de 1991 define los objetivos de las acciones de formación, los diferentes instrumentos, los medios de poner en práctica y las reglas de financiación. Así, "la política de formación profesional en el trabajo temporal debe contribuir, simultáneamente, a crear el nivel de cualificación de la totalidad del personal de las ETTs y a entriquecer la capacidad de empleo de los trabajadores temporales desarrollando sus competencias profesionales". Nos parece que se acerca aquí al papel que juegan las asociaciones en el proceso de inserción o de reinserción en empleos estables. Así, el Acuerdo de 15 de octubre de 1991, fija seis objetivos prioritarios en la formación profesional de los trabajadores temporales. El primer objetivo es adaptar la cualificación a las necesidades del trabajo. El segundo objetivo es el desarrollo de las carreras profesionales, gracias a la práctica de cursos individuales de formación, organizando el acceso a través de permisos para la evaluación de la competencia. Y, reconociendo una prioridad en la concesión de permisos individuales para la formación a los trabajadores temporales que justifiquen una

2.2.2. La actividad de inserción

Por lo que se refiere a la actividad de la empresa o de la asociación, es similar en la medida en que se trata de procurar un empleo a las personas que no lo tienen. Sin embargo, siendo el objeto de las asociaciones la inserción profesional y social, su actividad es más amplia que la de las ETTs.

La Ley de 29 de julio de 1998 ha ampliado la actividad de inserción profesional, a la colocación de personas con dificultades, a la información de las empresas y de las colectividades locales sobre las medidas de formación profesional y de inserción y al seguimiento de los itinerarios de los trabajadores. Por otro lado, la Ley de 29 de julio de 1998 permite a las asociaciones intermediarias jugar un papel importante en el campo de la colocación⁴⁸.

No obstante, cuando la asociación intermediaria coloca a las personas que recurren a ellas en otras empresas, ejerce una actividad similar a la de las ETTs, de tal forma que la puesta a disposición se limita en ambos casos a la ejecución de una tarea concreta y temporal.

Esto es, por otra parte, la similitud que las empresas de inserción han reprochado a las asociaciones, estimando que ellas "realizaban un préstamo de mano de obra con tarifas reducidas"⁴⁹. Estos ataques se han producido después de que en 1995, un proyecto de ley que contenía diversas medidas de orden social y en el que ciertas disposiciones aportaban algunas precisiones sobre la actividad de las asociaciones intermediarias, fuera llevado ante el Consejo Constitucional por romper el principio constitucional de igualdad. Según los parlamentarios, la ruptura de la igualdad venía determinada por el hecho de que las asociaciones intermediarias se dirigiesen a "toda clase de demandantes de empleo". Ahora bien, el Consejo estima que la Ley de 1995 no había entendido la actividad de las asociaciones, en la medida en que esta extensión estaba ya prevista por la Ley de 1987. En efecto, la Ley de 1987 contenía un amplio criterio para determinar el público al que se dirigían las asociaciones, pues el único criterio era la ausencia de empleo. La Ley de 19 de diciembre de 1989 aportó algunas precisiones al señalar que los beneficiarios del RMI, los parados de larga duración y los parados mayores de 50 años, podían recurrir a las asociaciones intermediarias. Sin embargo, este listado iba precedido del término "principalmente", por lo que parece que esta Ley más que una ampliación del público al que se dirigen, otorga una especial atención a personas con dificultades sobre las que las asociaciones debían concentrar sus esfuerzos. Esta interpretación parece confirmarse por la Ley de 29 de julio de 1998 en la medida en que suprime toda enumeración para referirse a "las personas sin empleo, que encuentran dificultades sociales y profesionales particulares".

⁴⁸ El artículo 125 de la Ley de 29 de julio de 1998, permite a las asociaciones reservar los empleos convencionales para ocupar a personas con dificultades. La novedad introducida por esta Ley se refiere a la sub-colocación en el empleo que mejor se adapte a las situaciones de urgencia.

⁴⁹ E. Altandari, "Du nouveau pour les associations dans la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion", *RDS* 98, p. 876.

3.1. Las relaciones contractuales entre las partes en la operación de préstamo de mano de obra

La relación triangular existente entre la ETT o la asociación intermediaria, la EU y el trabajador debe formalizarse a través de dos contratos⁵¹. El contrato de puesta a disposición une a la ETT o a la asociación intermediaria con al EU, y el contrato de misión es el que se realiza entre la ETT y el trabajador.

3.1.1. La regulación del contrato de puesta a disposición

El contrato de puesta a disposición debe formalizarse por escrito obligatoriamente.

En el marco de las ETTs esta formalidad se dirige a garantizar el respeto de diversas disposiciones fuera de las que toda operación de mano de obra a título lucrativo está prohibida. Esta obligación es pública y "su omisión entraña la nulidad absoluta del contrato"⁵². El Tribunal de Casación ha precisado las consecuencias de la nulidad de un contrato de puesta a disposición. Siendo imposible la restitución recíproca por cada empresa, teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones que se desprenden del contrato de puesta a disposición, el Tribunal de Casación ha decidido que la EU estaba obligada a reem-bolsar a la ETT las remuneraciones entregadas a los trabajadores puestos a disposición⁵³. Por otro lado, el artículo L. 152-2 del Código del Trabajo prevé que la falta de redacción por escrito del contrato de puesta a disposición, dentro de los dos días hábiles siguientes a la puesta a disposición, está penalmente sancionada. Así, el Tribunal de Casación, ante el silencio de la Ley, decide que la falta de forma escrita o la ausencia de ciertas menciones obligatorias puede entrañar la reconversión del contrato de trabajo temporal en contrato indefinido. Esta posición que ha sido retomada por una Circular de 30 de octubre de 1990⁵⁴, para las ETTs, también se aplica a las asociaciones intermediarias. En efecto, el Decreto de 18 de febrero de 1999 prevé que "el contrato entre la asociación intermediaria y la persona usuaria de sus servicios, se formaliza por escrito". Y, según este mismo Decreto, en ausencia de forma escrita, el trabajador puesto a disposición se considerará ligado al usuario por un contrato indefinido.

En cuanto al contenido del contrato, no deja mucho espacio al consenso en la medida en que está estrictamente regulado en el artículo L. 124-3 del Código

⁵¹ Con algunas excepciones, se indica el régimen jurídico de estos contratos que estuviere concluidos entre una EU, por tanto, para evitar hacer pesados el estudio, solo citaremos una u otra de estas estructuras.

⁵² Cass. Soc. 17 abril 1980.

⁵³ Cass. Soc. 7 de febrero de 1992. Esta solución fue confirmada en una sentencia de 7 de noviembre de 1995, en la que el Tribunal de Casación precisó que el contrato de puesta a disposición debía ser redactado para cada uno de los trabajadores. Excluye así la práctica del contrato global de puesta a disposición para un grupo de trabajadores temporales.

⁵⁴ Circular DRT n° 90-18 de 30 de octubre de 1990.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PRÉSTAMO DE MANO DE OBRA LÍCITO

En definitiva, y a pesar de la diferencia de forma, las estructuras autorizadas a practicar el préstamo de mano de obra conocen desarrollos convergentes, bien porque las asociaciones están autorizadas desde ahora a ejercer su actividad en todos los sectores, bien porque las empresas se muestran hoy sensibles a la formación profesional. Sin embargo, el punto de encuentro, el ámbito donde la simetría es perfecta, es en el régimen jurídico de la puesta a disposición, es decir, las condiciones de ejercicio del préstamo de mano de obra por estas estructuras autorizadas.

Luego, se trata de favorecer la reconversión de los trabajadores víctimas de un accidente de trabajo o de una enfermedad importante en la profesión. Luego, se trata de favorecer la reconversión profesional y de participar en la inserción de los trabajadores discapacitados. A continuación, es necesario adaptar la cualificación a la evolución de las normas de seguridad. Finalmente, el último objetivo apunta a la reinserción de los trabajadores temporales al final de la misión en un mismo tipo de empleo. Por otro lado, tenemos el Acuerdo de 15 de octubre de 1991, completado por un Acuerdo profesional de 22 de abril de 1994 sobre la formación de los "jóvenes trabajadores temporales interinos" en misión, destinado a los jóvenes menores de 26 años. Este acuerdo apunta a favorecer la integración de los jóvenes, que constituyen más del 40% de los trabajadores temporales. La convergencia de la actividad de inserción por la formación profesional continua es también característica de las asociaciones, ya que a imitación de las ETTs, "los trabajadores de las asociaciones intermediarias tienen derecho a la formación profesional continua, ya sea esta a iniciativa del empresario en el marco del plan de formación profesional de la asociación, o de las acciones de formación alternativa; ya sea a iniciativa del trabajador en el marco de un permiso de formación anual o de un permiso para la evaluación de la competencia

La relación triangular que une la ETT o la asociación intermediaria, la EU y el trabajador, debe estar formalizada por la firma de dos contratos, un contrato de puesta a disposición y un contrato de misión, cuyo contenido es objeto también de precisiones legales. Este marco jurídico de la relación triangular no tiene otro objeto que controlar las estructuras y proteger a los trabajadores puestos a disposición teniendo en cuenta el aislamiento en el que se encuentran. Esta protección del trabajador temporal se refuerza a través de un estatuto cuyos contornos son siempre más próximos al estatuto de los trabajadores fijos de la EU.

del Trabajo para las ETTs y en el artículo 5 del Decreto de 18 de febrero de 1999 para las asociaciones. En ambos casos el contenido del contrato de puesta a disposición es idéntico. En efecto, en primer lugar, debe indicarse el motivo por el que se recurre al trabajador temporal. Según el artículo L. 124-2 del Código del Trabajo, "el contrato de trabajo temporal no puede tener ni por objeto, ni por resultado, proveer de forma duradera un empleo ligado a la actividad normal y permanente de la empresa usuaria". Así, el artículo L. 124-2-1 del Código del Trabajo prevé tres amplios supuestos en que se permite el recurso a esta técnica. Se trata del reemplazo de un trabajador⁵⁵ ausente, del incremento temporal de la actividad de la empresa⁵⁶, y de la ejecución de trabajos temporales por naturaleza⁵⁷. Por lo que se refiere a las asociaciones intermeditarias, pueden poner a disposición trabajadores únicamente en los sectores de actividad para los que "es costumbre no recurrir al contrato indefinido"⁵⁸. Es necesario precisar, por otro lado, que los casos en que se prohíbe el recurso de los trabajadores temporales están también tasados. El recurso al trabajo temporal se prohíbe para efectuar trabajos especialmente peligrosos. Esta prohibición proviene del art. L. 124-2-3 del Código del Trabajo para las ETTs y del art. L. 322-4-16-3 del mismo Código para las asociaciones⁵⁹. Por otro lado, ni las ETTs ni las asociaciones pueden poner una persona a disposición de empresas que hayan llevado a cabo un proceso de despido por razones económicas sobre un empleo equivalente o de la misma cualificación dentro de los seis meses precedentes a la puesta a disposición⁶⁰. Para las empresas de trabajo temporal para la inserción esta prohibición no se aplica más que cuando el recurso al trabajo temporal está motivado por el incremento temporal de la actividad. No juega para la sustitución de un trabajador ausente o para la ejecución de trabajos temporales por naturaleza. Además, los puestos de trabajo a los que

⁵⁵ El recurso al trabajo temporal para reemplazar al trabajador ausente abarca varias hipótesis mencionadas en el art. 124-2-1-1° del Código del Trabajo. Se trata de trabajadores ausentes y/o cuyo contrato de trabajo es suspendido, salida definitiva de un trabajador previa a la supresión de su puesto de trabajo y la expectativa de la entrada en servicio efectivo de un trabajador incorporado por un contrato de duración indefinida.

⁵⁶ El recurso al trabajo temporal por incremento temporal de actividad se prevé en el artículo L. 124-1-2-2° del Código del Trabajo. X, la Circular de 18 de octubre de 1990 precisa que el incremento temporal de la actividad corresponde a un aumento temporal de la actividad habitual de la empresa.

⁵⁷ Los trabajos temporales por naturaleza previstos en el artículo L. 124-2-1-3° del Código del Trabajo son los empleos de temporada y los empleos para los que es costumbre no recurrir al contrato indefinido, es decir, los empleos en los sectores definidos en el artículo D. 124-2 del Código del Trabajo.

⁵⁸ Art. D. 121-2 del Código del Trabajo.
⁵⁹ Los trabajadores especialmente peligrosos figuran en una lista establecida por decreto del ministro de trabajo o del ministro de agricultura.
⁶⁰ Esta prohibición proviene del artículo L. 124-2-7 del Código del Trabajo para las ETTs y del artículo L. 322-4-16-3 del Código del Trabajo para las asociaciones.

se aplica esta prohibición son los afectados por el despido o los que necesitan la misma cualificación profesional en la unidad de trabajo a la que estaba afectado el o los trabajadores despedidos, cuando el puesto no puede quedar vacío. Finalmente, la Ley prohíbe el recurso a los trabajadores temporales para sustituir a los huelguistas⁶¹.

Además del motivo para el que se llama al trabajador, en el contrato de puesta a disposición debe hacerse constar el término de la misión. Todos los contratos de puesta a disposición deben mencionar una fecha precisa, que se trata de un término preciso o de una duración mínima cuando el término no puede definirse con precisión⁶². Es destacable que las asociaciones no pueden recurrir más que a los contratos con términos precisos.

Debe también indicarse el contrato las "características particulares del puesto de trabajo a cubrir", denominadas "tareas a cumplir" para las asociaciones, así como el lugar de la misión. Parece que las asociaciones intermeditarias fueron dispensadas de la mención de la cualificación profesional que si era exigida para las ETTs. Esta omisión fue al parecer resultado de la antigua legislación sobre las asociaciones que limitaba la colocación de las personas con dificultades a las actividades que no estaban ya aseguradas, en las condiciones económicas laborales, por la imitativa privada o por la acción de colectivos públicos o de organismos beneficiarios de recursos públicos. Se trataba en realidad de empleos calificados de "pequeños trabajos" en los sectores de limpieza, reparación o jardinería. Esta distinción artificial entre empleos óptimos y empleos secundarios ha sido abandonada por la Ley de 1999, pero aún así, parece que los individuos contratados por las asociaciones en general poseen poca cualificación. Esto explica que las asociaciones estén dispensadas de indicar la cualificación profesional en su contrato de puesta a disposición.

También debe hacerse mención en el contrato a la naturaleza de los equipos de protección individual que el trabajador debe utilizar durante la misión, y llegado el caso, indicar si son suministrados por la ETT o por la asociación. Finalmente, el contrato debe determinar la cuantía de la remuneración con sus diferentes componentes, incluidos, si existen, las primas y complementos del salario que percibiría en la ETT, después del período de prueba, un trabajador de cualificación equivalente en el mismo puesto de trabajo. Es preciso señalar que se exige para aplicar esta fórmula que quien ponga a disposición los trabajadores sea una empresa o una asociación⁶³. Es necesario especificar, por otro lado, que la mención del período de prueba no es obligatoria en el contrato de puesta a disposición, pero que es más prudente realizarla en la medida en que se haga referencia en los artículos sobre la remuneración.

Teniendo en cuenta la particularidad de las relaciones triangulares, además la obligación de redactar un contrato de puesta a disposición entre la ETT o la

⁶¹ Artículo 124-2-3 del Código del Trabajo.
⁶² Art. L. 124-2-2-III del Código del Trabajo.
⁶³ Art. L. 124-3 del Código del Trabajo para las ETTs y art. 5 del Decreto de 18 de febrero de 1999 para las asociaciones.

asociaciones que han firmado un convenio con la ANPE, de aquellas que no lo han hecho. Así, las asociaciones que no hayan firmado el convenio no pueden poner a disposición trabajadores en la empresa de un mismo usuario por una duración superior a 16 horas⁶⁷. Parece que esta duración máxima se entiende dentro de un periodo de 12 meses, ya que la Ley de 29 de julio de 1998 indica que "la duración total de las puestas a disposición de un mismo trabajador no puede exceder la duración fijada por el Decreto (16 horas) en un periodo de 12 meses a contar desde la fecha de la primera puesta a disposición"⁶⁸. Esta duración máxima extremadamente limitada parece difícilmente conciliable con el objeto atribuido a las asociaciones en el marco de esta Ley, que es inducir a las asociaciones a respetar su compromiso de reinserción estable. A menos que el objeto de esta disposición sea incitar a las asociaciones a concluir un convenio con la ANPE; ya que las asociaciones que disponen del convenio de cooperación con la ANPE son también sometidas a una duración máxima de puestas a disposición, si bien esta duración es de un mes. Además, este periodo puede ser renovado una vez, con el acuerdo de la ANPE, si esta prórroga es necesaria para la inserción del trabajador. Podemos señalar que la condición de renovación de renovación, que depende del objeto de la misión para las ETTs, se refiere al objeto de la asociación que no es otro que la inserción de personas en dificultad. El criterio objetivo de renovación relativo al objeto de la misión que no ha sido realizada o que se persigue, deja paso aquí a un criterio subjetivo cuyo contorno es difícilmente apreciable. En efecto, cómo determinar lo que es necesario o no para la inserción de un trabajador. Como calificar el término "inserción"? Se trata de la inserción social o de la inserción profesional, o de las dos? Si se trata de la inserción social, parece que la prórroga de un contrato de un mes tiene pocos efectos sobre este objetivo, porqué se trata de un contrato muy precario que muy difícilmente permite acceder a un alojamiento, por ejemplo. Si se trata de la inserción profesional, siendo la experiencia más amplia los efectos son quizás más sensibles. En consecuencia, o bien la ANPE va a librar su acuerdo de manera automática, solución que parece más apropiada, o bien la ANPE va a librar su acuerdo de manera arbitraria dada la dificultad de delimitar las necesidades de la inserción.

Hay otro punto que merece algunos comentarios: la prórroga. En efecto, en el marco de las ETTs, la prórroga se entiende como la prolongación de la misión sin poder sobrepasar la duración máxima, mientras que para las asociaciones la prórroga es la renovación del periodo. De un lado, la duración máxima es intangible, de otro, es renovada. Es destacable, de todas formas, que incluso renovado el periodo máximo para las asociaciones no alcanza más que a dos meses. Finalmente, el Decreto precisa que la duración total de la suma de los uno o varios empresarios, por las asociaciones de intermediación, no puede

⁶⁷ Art. 8 del Decreto de 18 de febrero de 1999.
⁶⁸ Art. 13, I, de la Ley de 29 de julio de 1998 relativa a la lucha contra las exclusiones.

asociación y la EU, se exige también la formalización de un "contrato de misión" entre la empresa o la asociación y el trabajador puesto a disposición.

3.1.2. La regulación del contrato de misión

El contrato de misión debe remitirse al trabajador a más tardar dentro de los dos días hábiles siguientes a su puesta a disposición. El empresario de trabajo temporal así como la asociación es penalmente responsable en caso de incumplimiento de las disposiciones del contrato. Le corresponde por tanto a él exigir al usuario las precisiones necesarias para la regularidad de este contrato⁶⁴.

El contrato de misión contiene obligatoriamente la reproducción de las cláusulas y menciones del contrato de puesta a disposición. Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones sobre la duración de la misión y sobre el caso de ruptura y suspensión del contrato de misión.

La duración de la misión es la única diferencia notable entre el contrato de misión firmado entre un trabajador temporal y una empresa, y el que le liga a una asociación. En efecto, las misiones está limitadas a tareas precisas y temporales; por lo que deberán tener un término preciso desde la firma del contrato de puesta a disposición⁶⁵. Así, los contratos firmados de fecha a fecha tienen una duración máxima de dieciocho meses prorrogas incluidas⁶⁶. Esta duración máxima se aplica en el caso de sustitución de un trabajador ausente o de que el contrato se suspenda, en caso de incremento temporal de actividad, en caso de recurso al trabajo temporal para la ejecución de una tarea ocasional, precisa-mente definida y no duradera y para los empleos para los que es costumbre no recurrir al contrato de duración indeterminada. Sin embargo, esta duración máxima se reduce a nueve meses en caso de expectativa de la entrada efectiva de un trabajador con contrato indefinido o en la realización de trabajos urgentes, necesitados por medidas de seguridad. Esta duración máxima se extiende a 24 meses para las misiones ejecutadas en el extranjero, en casos de sustitución de un trabajador cuya salida definitiva precede a la supresión de su puesto de trabajo y en caso de petición excepcional para la exportación. El contrato puede ser renovado una vez, en el marco de la misma misión, si su objeto no ha sido realizado o continua. La duración máxima de 18, 9 o 24 meses se entiende con prórrogas incluidas. En consecuencia, la duración total no puede sobrepasar estos umbrales. Por otro lado, las condiciones de prórroga deben precisarse en el contrato inicial y debe ser objeto de aceptación por el trabajador antes del término inicialmente previsto.

De forma comparable, existe una duración máxima de la puesta a disposición para las asociaciones intermeditarias. Pero conviene distinguir entre las

⁶⁴ Cass. crim. 10 de enero de 1986.

⁶⁵ Art. L. 124-2-2 del Código del Trabajo.

⁶⁶ Art. L. 124-2-2-II del Código del Trabajo.

exceder de 240 horas a lo largo de los doce meses que siguen a la fecha de la primera puesta a disposición. En consecuencia, las asociaciones no pueden poner a disposición trabajadores más que por contratos cuyo término sea preciso, mientras que las ETTs pueden recurrir a los contratos con término impreciso.

Así, ciertos contratos de trabajo temporal pueden no estar sometidos a ninguna duración máxima cuando son concluidos sin término preciso. Dentro de esta hipótesis, deben tener una duración mínima. El recurso al contrato de término impreciso se limita a casos particulares; como la ausencia temporal de un trabajador, la expectativa de acceso efectivo de un trabajador con contrato de duración indefinida, y el empleo con carácter estacional o para los que no es costumbre recurrir al contrato indefinido. Dentro de estas hipótesis, el contrato de misión debe cuanto menos tener una duración mínima que sirve de base de cálculo para el período de prueba y de garantía mínima de empleo para el trabajador.

Es necesario precisar, por otro lado, que la sucesión de misiones se somete, a imitación de los contratos de duración determinada, a la regla "del tercer tiempo". El objetivo de esta regla es evitar que los empresarios no cubran puestos permanentes recurriendo a los trabajadores en misiones sucesivas. Pero esta regla no se aplica más que si las misiones afectan al mismo puesto de trabajo y no a puestos diferentes. La identidad de los puestos se aprecia en función de la naturaleza de los trabajos confiados al trabajador y no de la localización geográfica de su ejecución⁶⁹.

Sin embargo, esta regla del tercer tiempo se excluye en ciertas hipótesis del artículo L. 124-7 al 4 y 5 del Código del Trabajo. La violación de esta regla esta sometida a sanciones penales⁷⁰. La Ley no prevé la recalificación del contrato por violación de la regla del tercer tiempo. Sin embargo, nos parece que un trabajador podría recurrirse apoyándose en los artículos L. 1234-2 y L. 124-2-2 del Código del Trabajo.

Formalizados los contratos de puesta a disposición y de misión, la misión debe extenderse hasta su término. La interrupción de la misma puede venir determinada por causa de la empresa de trabajo temporal o de la asociación, o por causa del trabajador. Sólo la falta grave y la fuerza mayor permiten a la Empresa de trabajo temporal romper el contrato sin obligaciones correlativas⁷¹. Aparte de estas hipótesis, la ruptura anticipada del contrato de trabajo temporal por la ETT entraña estrictas obligaciones para esta última. Así, la empresa debe proponer al trabajador un nuevo contrato que tendrá efecto en un plazo máximo de tres días hábiles para una duración al menos equivalente a la que resabía del contrato anterior⁷². Este nuevo contrato no puede comportar modificaciones

⁶⁹ Circular DRT nº 92-14 de 29 de agosto de 1992.

⁷⁰ Art. L. 152-2 del Código del Trabajo.

⁷¹ Art. L. 124-5 del Código del Trabajo.

⁷² Art. L. 124-5 del Código del Trabajo.

esenciales en lo que se refiere a la cualificación, la remuneración, el horario de trabajo y el tiempo de transporte. Si la empresa de trabajo temporal no puede satisfacer estas obligaciones, debe asegurar al trabajador una remuneración equivalente a la que hubiera percibido de continuar el contrato hasta su término, incluida la indemnización por precariedad⁷³. Por otro lado, la ruptura puede venir por causa del propio trabajador. En este caso, puede ser condenado a entregar a la ETT una indemnización por daños en función del perjuicio causado⁷⁴.

Por otro lado, el contrato de misión puede suspenderse, en las mismas condiciones que todo contrato de duración determinada o indeterminada, especialmente en caso de enfermedad, de maternidad o de accidente de trabajo. El contrato se suspende pero no se rompe. Esta disposición forma parte del estatuto del trabajador temporal que debe aproximarse lo más posible al de los otros trabajadores de la empresa usuaria. Generalmente, hablamos de estatuto protector de los trabajadores temporales porque es objeto de una regulación minuciosa. En realidad, se trata de imponer a las empresas usuarias hacer trabajar a los temporales en las mismas condiciones que los trabajadores fijos. Aparte, debido a su situación, no se encuentran en la mejor posición para hacer respetar sus derechos. A través de esta minuciosa regulación, se trata también de no favorecer el recurso al trabajo temporal que, como toda situación temporal y precaria, debe continuar siendo la excepción en relación a los contratos de duración indefinida que siguen siendo la norma.

3.2. La protección de los trabajadores en la operación de préstamo de mano de obra

Los trabajadores temporales beneficiarios, en virtud de las disposiciones del Código de Trabajo, de un conjunto de derechos individuales y colectivos que pretenden asegurarles una situación comparable a la de los trabajadores fijos de la empresa usuaria. Teniendo en cuenta la especificidad de este tipo de actividad, los numerosos acuerdos colectivos vienen a precisar los derechos de los trabajadores temporales, recuperados por las leyes sucesivas sobre las asociaciones intermediarias para asegurar a los trabajadores particulares dere- chos idénticos. Aunque jurídicamente ligados a la ETT o a la asociación, los trabajadores se someten en cuanto a condiciones de trabajo, a las reglas aplicables a la empresa usuaria. En lo que se refiere a sus derechos individuales, son semejantes a los derechos de los trabajadores fijos, aunque se beneficiaban de algunas disposiciones particulares, en materia de protección social para paliar la precariedad de su situación. En materia de derechos colectivos, siempre en la línea de la asimilación con los trabajadores fijos, tienen asegurado el derecho activo de representación colectiva.

⁷³ Art. L. 124-5 al 3 del Código del Trabajo.

⁷⁴ Art. L. 124-5 der. Al.

está en función de la duración de la misión y del salario percibido. Su porcentaje se fija, en principio, por vía convencional, pero a falta de convenio colectivo o de acuerdo colectivo, se fija por decreto. Hay que destacar que cuando el contrato se suspende, la indemnización de fin de misión se calcula sobre la base del período efectivo de trabajo y sobre el período de suspensión. Se toma en cuenta, así, al remuneración que el trabajador hubiera percibido si el contrato no hubiera sido suspendido.

Finalmente, hay que determinar las modalidades de pago de salario en la medida en que los trabajadores temporales están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de 19 de enero de 1978 relativa a la mensualidad. El artículo 143-2 del Código del trabajo obliga a pagar a los trabajadores al menos dos veces por mes, en intervalos de 16 horas a lo sumo, a falta de acuerdo o de convenio de mensualidad.

Además de la remuneración, las condiciones de ejecución del contrato deben ser comparables a las de los trabajadores permanentes. Aunque los trabajadores temporales no están jurídicamente ligados más que a la ETT, es el usuario el responsable de las condiciones de ejecución del trabajo. Desde entonces los trabajadores temporales se rigen por las disposiciones legislativas, reglamentarias y convencionales aplicables sobre el lugar de trabajo para la empresa usuaria para lo que se refiere a las condiciones de ejecución del trabajo⁷⁸. Ninguna disposición legislativa o reglamentaria se opone a que las reglamentaciones internas se apliquen a los trabajadores temporales, en tanto que fijan las medidas de aplicación de la regulación en materia de seguridad e higiene, así como las reglas generales y permanentes relativas a la disciplina. No obstante, el empresario sólo puede ejercer el poder disciplinario sobre aquellos trabajadores que se encuentran ligados a él en virtud de un contrato de trabajo⁷⁹. En consecuencia, las disposiciones del reglamento interior relativas a la escala de sanciones y al procedimiento disciplinario no les son aplicables. Finalmente, si la antigüedad es un derecho individual, su utilidad principal reside en los derechos colectivos. En efecto, de la antigüedad va a depender el disfrute de los derechos en relación con la representación del personal y los derechos sindicales.

3.2.2. Los derechos colectivos de los trabajadores temporales

En materia de representación del personal en la ETT, el Acuerdo de 27 de octubre de 1988, convalidado por Decreto de 22 de febrero de 1989⁸⁰, se dirige a adaptar las modalidades de organización de las elecciones, de modo que se

⁷⁸ Según el artículo L. 124-4-6 del *Código del trabajo*, las condiciones de ejecución del trabajo son la duración del trabajo, el trabajo nocturno, el descanso semanal, los días festivos, la seguridad e higiene, el trabajo de las mujeres, menores y jóvenes.
⁷⁹ Circular DRT nº 92-14 de 29 de agosto de 1992.
⁸⁰ JO de 5 de marzo de 1989.

3.2.1. Los derechos individuales de los trabajadores temporales

Entre los derechos individuales, conviene distinguir la remuneración, las condiciones de trabajo y la antigüedad.

Por remuneración, entendemos el salario y sus accesorios. Así, conforme al artículo L. 140-2 del Código del trabajo, la remuneración comprende el salario o tratamiento ordinario de base o mínimo y todas las ventajitas y accesorios pagados directa o indirectamente, en metálico o en especie, por el empresario al trabajador, en razón del empleo de este último. El principio de igualdad de remuneración previsto en el artículo L. 124-3-6° del Código del trabajo para las ETTs y en el artículo 5, 6° del Decreto de 18 de febrero de 1999 para las asociaciones intermediarias, no se aplica más que a los elementos de remuneración que se asocian al puesto de trabajo. Así, la Circular de 30 de octubre de 1990 precisa que, cuando una parte de la remuneración depende de la antigüedad del trabajador, el trabajador no se beneficiará más que de su antigüedad del trabajador, el trabajador no se beneficiará más que de su antigüedad de la empresa, debe repercutir sobre la remuneración de los trabajadores temporales. En caso de no respetarse la regla de la igualdad de las remuneraciones, sólo la empresa de trabajo temporal está obligada al pago del complemento del salario⁷⁵. Las indemnizaciones que los trabajadores temporales deben percibir son aquellas que perciben los trabajadores fijos en la empresa usuaria.

Debemos hacer algunas precisiones en cuanto a la indemnización por vacaciones retribuidas, pues su régimen es diferente del derecho común. Según el artículo L. 124-4-3 del Código del trabajo, se deberá pagar en cada misión, cualquiera que sea su duración. La base para el cálculo de esta indemnización es la remuneración total del trabajador, es decir, el salario base y todas las otras ventajitas y accesorios pagados directa o indirectamente. Deben también incluirse, todas las primas, incluidas las que se excluyen de la base de vacaciones pagadas en derecho común, como por ejemplo el décimo tercer mes, las primas de vacaciones, o las gratificaciones excepcionales⁷⁶. Otra indemnización en compensación de las vacaciones pagadas que constituye una excepción al derecho común, es la indemnización de fin de misión que necesita algunas explicaciones en la medida en que las otras primas son muy variadas y dependen del sector de actividad de la empresa usuaria. Cuando al final de la misión, el trabajador temporal no se beneficia de un contrato de duración indefinida, tiene derecho a título de complemento del salario, a una indemnización destinada a compensar la precariedad de su situación. Esta indemnización es calificada de indemnización de fin de misión por el artículo L. 124-4-4 del Código del trabajo. Se trata de un complemento del salario⁷⁷ cuyo montante

⁷⁵ Cass. Soc. 29 de mayo de 1991, Bull. V. Nº 254.
⁷⁶ Circular DRT nº 92-14 de 29 de agosto de 1992.
⁷⁷ Como todo complemento del salario, la indemnización de fin de misión está sometida a cargas sociales y al impuesto sobre la renta.

La segunda particularidad se refiere a las horas de delegación de los trabajadores temporales delegados sindicales. Se beneficiaban del mismo crédito de horas que los delegados sindicales "ordinarios" cualquiera que sea la duración de la misión. Así, todo el período de trabajo cumplido en el curso de un mes civil, genera el derecho a la totalidad del crédito horario previsto en el artículo L. 412-20 del Código del trabajo. Por otro lado, se puede utilizar este crédito horario durante o fuera de su tiempo de trabajo.

Si la representación del personal temporal se efectúa en la ETT, las instituciones representativas del personal de la empresa usuaria disponen de un derecho de información y de control. Conforme a la totalidad de las disposiciones que regulan el trabajo temporal, este derecho de información tiene por objeto controlar el recurso abusivo al trabajo temporal por las empresas usuarias, ya que a pesar de su incremento permanente, no puede constituir un modo constante de contratación. No obstante, las empresas incluyen el trabajo temporal en su gestión de recursos humanos a largo plazo. Esta presencia creciente del trabajo temporal en las relaciones de trabajo es objeto de muchas críticas. En respuesta, y para frenar esta progresión constante del trabajo temporal, los gobiernos sucesivos esgrimen regularmente la amenaza de un impuesto que sancione el recurso abusivo al empleo precario. Sin embargo, para las empresas, el trabajo temporal es también una herramienta indispensable para los trabajadores. En efecto, este modo de trabajo será un trampolín para el acceso al empleo estable en la medida en que permite no sólo adquirir una experiencia profesional, sino también demostrar que se es competente para el puesto de trabajo. De donde la cuestión de la voluntad de limitar realmente el recurso al trabajo temporal, por ejemplo a través de impuestos, es todavía un mero proyecto.

Este tenga en cuenta el aislamiento y la dispersión del personal temporal. El acuerdo trata igualmente el ejercicio del mandato de los electos, para permitirles cumplir eficazmente su misión. Así, para poder ejercer el derecho al voto, el trabajador temporal debe justificar tres meses de antigüedad o 507 horas trabajadas en el curso de los doce meses anteriores a las elecciones. Para ser elegible, deben tener seis meses de antigüedad o haber trabajado 1014 horas en el curso de los 18 meses anteriores a la elección. Las condiciones de antigüedad se aprecian sumando los períodos durante los cuales estos trabajadores hayan estado ligados a la empresa en el curso de los doce o dieciocho meses anteriores a la elección. Para ser elector o elegible, el trabajador debe estar en misión en la fecha de la confección de las listas, sin importar que la misión haya finalizado en el momento de la elección. Estas particularidades van unidas a la discontinuidad de la actividad. En efecto, las reglas sobre las elecciones, las horas de delegación, la protección y el fin del mandato en las ETTs son idénticas a las aplicables en otras empresas. Sin embargo, el trabajador temporal, jurídicamente ligado a la empresa de trabajo temporal, trabaja en la empresa usuaria. En esta empresa, no participan en las elecciones, pero son tenidos en cuenta para el cálculo del censo en proporción a su tiempo de presencia, en el curso de los doce meses anteriores⁸¹. Sin embargo, no se tienen en cuenta para contabilizar el efectivo de trabajadores cuando reemplazan a trabajadores temporalmente ausentes.

Por lo que se refiere a los derechos sindicales en las ETTs, fueron regulados en un Acuerdo de 1984, modificado por otro acuerdo que ha sido convalidado por Decreto de 15 de febrero de 1996⁸². Así, el objetivo de los acuerdos que se refieren a la designación, los medios de acción y la protección del mandataria son idénticas. Sin embargo, teniendo en cuenta la discontinuidad de la actividad, algunas reformas van dirigidas al cálculo del total de trabajadores y delegados sindicales, los trabajadores temporales se toman en cuenta para el cálculo de los efectivos de la ETT y en la empresa usuaria, pero sólo participan en las elecciones de la empresa de trabajo temporal. Por otro lado, el descuento se efectúa de forma diferente en cada una de las empresas. Para las ETTs, el artículo L. 412-14 del Código del trabajo indica que hay que contabilizar como fijos los trabajadores temporales que han estado ligados a la empresa durante al menos tres meses en el curso del último año civil. En la empresa usuaria, el trabajador temporal se contabiliza para el efectivo de trabajadores, en proporción al tiempo de presencia en los doce meses precedentes.

⁸¹ Artículos L. 421-2 y L. 431-2 del Código del trabajo.
⁸² El derecho sindical en las ETTs se rige por un acuerdo de 8 de noviembre de 1984, convalidado por decreto de 6 de agosto de 1985 (JO de 15 de agosto de 1985), modificado por un acuerdo de 14 de junio de 1995 convalidado por decreto de 15 de febrero de 1996 (JO de 27 de febrero de 1996).