

¿EMPRESAS SIN TRABAJADORES?

Legislación sobre las empresas de trabajo temporal

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS



CUADERNO DE
INVESTIGACIÓN
Nº 10

¿EMPRESA SIN TRABAJADORES?

Legislación sobre las empresas
de trabajo temporal

Santiago, junio 1999

Esta publicación y las investigaciones de las que da cuenta, fueron posibles gracias al permanente aporte académico y a la contribución financiera de la OIT, que permitió contar con la presencia en Chile del catedrático de la Universidad de Castilla La Mancha y miembro del Consejo Económico y Social de España, Profesor Antonio Baylos Grau, del catedrático de la Universidad de Valencia don Tomás Sala Franco, y del académico uruguayo don Eduardo Ameglio. Las investigaciones de estos dos últimos se publican en este volumen.

Asimismo, la Consejería Laboral de la embajada de España permitió contar con el valioso aporte como cooperante de la abogada de la Dirección General del Trabajo de España, Pilar Vicente quien colaboró durante un mes en el Proyecto sobre "Suministro de Trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal" del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo y cuyo trabajo también se incluye en este libro.

ÍNDICE	Pág.
SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y TRABAJO TEMPORAL ¿EMPRESAS SIN TRABAJADORES?	16
<i>José Luis Ugarte Cataldo</i>	
1. Consideraciones preliminares	16
2. El contrato de trabajo temporal: Delimitación conceptual	18
2.1. trabajo temporal y trilateralidad laboral	19
2.2. El trabajo temporal y la colocación de personal	21
2.3. El trabajo temporal y la subcontratación	23
3. El trabajo temporal: Discusión de política-laboral	27
3.1. Ventajas del trabajo temporal	28
3.2. Inconvenientes del trabajo temporal	28
4. El contrato de trabajo temporal en Chile	29
5. Consideraciones finales: un debate que comienza	37
LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS DE EMPLEO TEMPORAL EN ARGENTINA, COLOMBIA Y URUGUAY	39
<i>Eduardo J. Ameglio</i>	
1. Enfoque del estudio	39
2. Características de la regulación	40
3. Posición frente a las normas de la OIT	42
4. Concepto de EET	43
5. La determinación del empleador	45
6. Grado de protección del trabajador temporario	48
7. El contralor administrativo de las EET	52
8. A modo de síntesis	54
LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN EUROPA. ORGANIZACIÓN SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	56
<i>Mónica Vergara del Río</i>	
1. Introducción	56
2. Las empresas de trabajo temporal en Europa	59
2.1. Origen y desarrollo de las E.T.T. La interposición y la intermediación en el contrato de trabajo	59
2.2. La política de la Unión Europea	62
2.3. Legislación Europea	67

	Pág.
3. La organización sindical y la negociación colectiva	72
3.1. La Organización Sindical	72
3.2. La Negociación Colectiva	77
3.3. Observaciones finales	82
LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (E.T.T.) EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS	84
<i>Tomás Sala Franco</i>	
1. Los países analizados	84
2. La normativa vigente	85
3. Los requisitos legales para poder actuar como E.T.T.	85
4. Las prohibiciones de actuación de las E.T.T.	88
5. Los supuestos lícitos de utilización de E.T.T. y la duración de las misiones	89
6. La formalización de los contratos	93
7. La duración de los contratos de trabajo con los trabajadores temporales	94
8. Las condiciones de trabajo y salariales del trabajador temporal	95
9. La indemnización por fin de contrato	97
10. El derecho del trabajador temporal a ser contratado por la empresa usuaria	97
11. El cómputo de los trabajadores temporales en la plantilla de la empresa usuaria	98
12. Algunos datos estadísticos	99
LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL TRAS CUATRO AÑOS DE SU IMPLANTACIÓN LEGAL EN ESPAÑA	103
<i>Tomás Sala Franco</i>	
1. La realidad de España	108
2. Principales problemas suscitados	113
2.1. El fraude en la contratación temporal	113
2.2. La ausencia de equiparación salarial	114
2.3. La seguridad y la salud laboral en las actuaciones de las E.T.T.	120
2.4. La formación de los trabajadores temporales	120

	Pág.
2.5. Los derechos de representación de los trabajadores temporales	121
2.6. Los principales defectos técnicos de la Ley 14/1994	122
LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN ESPAÑA. EL DERECHO POSITIVO	130
<i>Pilar Vicente Sanz</i>	
1. Concepto legal de ETT'S	132
2. Requisitos de las ETT'S para alcanzar la autorización administrativa para el inicio de la actividad.	133
3. Competencias en la materia de las distintas administraciones	136
4. Ámbito temporal de la actuación	137
5. El contrato de puesta a disposición	138
6. Relaciones del trabajador con la E.T.T. y con la empresa usuaria	140
7. Infracciones y sanciones específicas en la materia	145
ANTECEDENTES PARA UN ESTUDIO CUANTITATIVO DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES	149
<i>Martín Hernández V.</i>	
1. Introducción	149
2. Nuevas formas de relación laboral	151
3. Chile	154
4. España	158
5. Estados Unidos	162
6. Francia	170
7. Conclusiones	174



PRESENTACIÓN

La presencia y acción de las empresas de trabajo temporal (ETT), se volvió notoria e importante a partir de la década de los '70, y en el correr de los últimos años se ha convertido en una de las múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización productiva y deslaboralización de la relación de trabajo, que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser "empresas independientes" si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos, etc. La variedad que en la posmodernidad ha alcanzado este universo, sumada a la propia complejidad jurídica de las relaciones que pone en funcionamiento la ETT, contribuye a dificultar su tratamiento jurídico.

Por eso conviene comenzar por tratar de conceptualizar la ubicación de las ETT en ese conjunto (1). Hecho esto, se puede entonces debatir sobre las razones para su reglamentación, tanto en general, como en Chile en particular (2). El paso lógico siguiente sería el de analizar el contenido posible de una tal reglamentación (3). A esto apunta la labor que viene desarrollando la Dirección del Trabajo de Chile, con el apoyo de la OIT y de la Consejería Laboral de la Embajada de España (4).

1. El fenómeno y su régimen jurídico

Las relaciones triangulares que caracterizan a las ETT, se inscriben, en el marco ya señalado, entre la intermediación en la colocación de trabajadores (las clásicas agencias de colocación) y la subcontratación laboral.

Las clásicas agencias de colocación hacen, al menos en teoría, pura intermediación entre el trabajador que busca empleo y el empleador que necesita trabajadores. “Colocan” a ese trabajador en esta empresa, pero sin participar, para nada, en la relación laboral que entre ellos se traba. La agencia de colocación queda siempre afuera de la relación de trabajo, actuando de manera análoga (de nuevo: *en teoría*), a los servicios públicos de empleo.

La subcontratación de mano de obra es la contratación de trabajadores no directamente por la empresa que se va a beneficiar del trabajo (empresa principal), sino a través de un tercero, subcontratista o intermediario. Durante muchos años, no hubo, en el Derecho del Trabajo, duda alguna de que en este caso se daba una situación más o menos ficticia, más o menos fraudulenta, que tendía a descargar en el subcontratista o intermediario (insolvente o menos solvente que el principal), la responsabilidad laboral del empleador real o último. Por eso se la prohibía derechamente - y de ahí el término despectivo de “*marchandage*” -, o se consideraba que tanto el empleador principal como el interpuesto eran - solidaria o subsidiariamente, según los casos - responsables por la totalidad de los créditos del trabajador. No sólo la ley, sino los principios clásicos del Derecho del Trabajo (protección, primacía de la realidad, y a veces, continuidad), imponían tal solución.

En este marco conceptualmente simple, irrumpen las ETT generando una doble relación laboral: mantienen una relación laboral propia, con trabajadores que están a su orden, *pero sólo para ponerlos a disposición de otras empresas*, para las cuales trabajan transitoriamente.

Vistas las cosas con el enfoque conceptual antes descrito, parecería claro que las ETT, que contratan trabajadores temporales para ponerlos a la orden de otras empresas, generando lo que se ha denominado *prestamismo laboral*, darían lugar al mismo tratamiento jurídico: (a) la empresa usuaria (la “principal”, en la terminología tradicional), sería empleador responsable de los créditos laborales generados durante el período en que usó al trabajador; (b) la empresa suministradora (la “subcontratista”, en la terminología tradicional), sería responsable de los créditos laborales generados en los demás lapsos en que ese, *su* trabajador temporalmente

cedido, permaneció a sus órdenes; y (c) también sería - solidaria o subsidiariamente - responsable de los créditos generados por el trabajador durante el lapso en que sirvió directamente a la empresa usuaria. Más aún, si el mismo trabajador reiterara misiones para la misma empresa usuaria, podría generarse una relación de trabajo permanente entre ellos.

Así vistas las cosas, ninguna previsión legal ni normativa sería necesaria. Bastaría que los jueces y las autoridades administrativas de aplicación fallaran en consecuencia.

¿Por qué, entonces las ETT han sido objeto de legislación especial en muchos países europeos y algunos latinoamericanos, de lo que se da detallada cuenta en este volumen? ¿Por qué, incluso, acaban de ser previstas en varias disposiciones del reciente Convenio Internacional del Trabajo N° 181, de 1997?

2. Razones para la reglamentación

En principio, y de conformidad con lo que se viene de exponer, el objetivo de protección de los trabajadores no requeriría de una reglamentación especial.

Lo que sucedió, de mediados de los '70 para acá, fue que la moda y el prestigio de la flexibilidad, el desequilibrio de fuerzas entre empleadores y trabajadores, el fantasma del desempleo, las políticas económicas (y laborales) neoliberales (más o menos descarnadas, mejor o peor vestidas, adoptadas o adaptadas, voluntarias o impuestas, pero neoliberales al fin), fueron legitimando social, económica y políticamente a esta forma de subcontratación o prestamismo laboral, tanto como a otras formas de deslaborización, brevemente enunciadas en las primeras líneas de esta Presentación. El número de trabajadores contratados bajo este sistema creció, y a veces la jurisprudencia y la doctrina también flexibilizaron sus concepciones. Llegados a este punto, incluso algunos de los gobiernos y sindicatos más reticentes, como los italianos y españoles, terminaron optando por o

aceptando la reglamentación legal del fenómeno, para sacarlo de la inseguridad jurídica y - al mismo tiempo - acotarlo y controlarlo. Las propias ETT más desarrolladas y formales llegaron a reclamar la reglamentación, con dos objetivos: primero, el de evitar, al menos en determinadas hipótesis, la responsabilidad solidaria; y segundo, como forma de evitar o limitar lo que consideraban competencia desleal practicada por otras suministradoras que no observarían determinados mínimos éticos, y no poseerían los niveles de solvencia económica necesarios para desarrollar la actividad con suficientes garantías para las otras partes involucradas.

En el caso de Chile, tal vez se sumen otros argumentos a favor de la reglamentación legal de las ETT, algunos de los cuales pueden extraerse de los estudios que, en este volumen, incursionan en la realidad nacional. La constatación de que empresas "de punta" emplean un número muy significativo de su personal - entre el 20 y el 50% - a través de ETT (Ugarte), estaría indicando la necesidad de evitar que esta modalidad contribuya a la precarización del empleo (Hernández y Ameglio). La estructura y el escaso dinamismo de la negociación colectiva en Chile, harían más necesaria la reglamentación legal, habida cuenta de que, en Europa, la negociación colectiva fue precursora de la ley en esta materia (Vergara). Por lo demás, la jurisprudencia no parece haber sido, tampoco, un adecuado sustituto de la ley.

3. Contenido de la reglamentación

Dada la profusión legislativa europea en la materia (referida en los trabajos de Sala Franco, Vergara y Vicente, aquí incluidos), la existencia de algunas experiencias latinoamericanas (comentadas por Ameglio), y la contemplación de las ETT en el Convenio Internacional del Trabajo N° 181, puede decirse que existe abundante material de Derecho comparado en el cual inspirarse.

El primer y principalísimo elemento que puede recogerse del Derecho Comparado - en este caso no sólo de la legislación comparada, sino también de la

doctrina y jurisprudencia -, es la temporalidad, transitoriedad, ocasionalidad o interinidad del trabajo objeto de estas relaciones triangulares. Cualquier legislación que aborde esta cuestión debería limitar las colocaciones o suministros efectuados por las ETT a situaciones de trabajo objetivamente temporales o transitorias. En este aspecto, nos parece acertadamente gráfica la terminología utilizada por la legislación italiana ("*lavoro interinale*" o trabajo interino). Debe evitarse que se recurra a este mecanismo para sustituir trabajo normal: la verdadera ventaja del recurso a las ETT no está en el costo laboral, sino en la posibilidad de cubrir rápida y eficazmente necesidades aleatorias, imprevistas, extraordinarias y ajenas al giro normal de la empresa (Ameglio).

Un segundo objetivo de la regulación debe ser el de garantizar a los trabajadores temporales, una adecuada protección en materias básicas, tales como libertad sindical, negociación colectiva, salarios mínimos, tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo, seguridad social, formación profesional, seguridad y salud en el trabajo, entre otras, de conformidad con los arts. 4 y 11 del Convenio 181 de la OIT.

En tercer lugar, la reglamentación debería regular el tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las ETT (art. 6 del Convenio) y proscribir los cobros al trabajador (art. 7).

En cuarto término, las normas deberían prohibir el suministro de trabajadores temporales para reemplazar a trabajadores en huelga (art. II.6 de la Recomendación N° 188).

En quinto lugar, debería prohibir que se impida la incorporación permanente del trabajador temporal a la empresa usuaria (art. II.15 de la Recomendación), y en lo posible, promover tal posibilidad.

En sexto término, esta legislación - que debería dictarse previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores -, tendría que determinar el régimen jurídico de las ETT y las condiciones para su actuación,

mediante un sistema de licencias o habilitaciones (art. 3 del Convenio), así como determinar y atribuir las responsabilidades respectivas de las ETT y de las empresas usuarias (art. 12).

La legislación laboral europea ofrece múltiples ejemplos al respecto, que pueden ser consultados, con provecho, en los estudios a ella dedicados en este volumen. Sólo a título de ejemplo, puédesse señalar que, en general, se exige autorización administrativa para el funcionamiento de las ETT, se determina la temporalidad o interinidad de las misiones, se excluyen determinadas actividades o sectores (como, por ejemplo, la Administración Pública, la construcción y el transporte), se exige la formalización del contrato de suministro por escrito, se establecen normas sobre equiparación salarial, siniestralidad, formación profesional y ejercicio de los derechos colectivos del trabajo, y se impone la responsabilidad subsidiaria o solidaria de usuaria y suministradora para determinadas hipótesis y circunstancias.

4. El contenido de este volumen en el marco del proyecto "Propuesta de un marco regulatorio para las empresas de trabajo temporal"

El presente volumen forma parte del referido proyecto, impulsado por la Dirección del Trabajo de Chile, y recoge los estudios realizados por expertos nacionales y extranjeros, en el transcurso de 1998.

Ugarte realiza el análisis jurídico de las relaciones triangulares que generan las ETT y describe los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo y de la jurisprudencia chilena.

Ameglio presenta tres casos latinoamericanos: dos en los que las ETT fueron reglamentadas por ley, como Argentina y Colombia, y otro en el cual la cuestión sigue a cargo de doctrina y jurisprudencia, como Uruguay.

Los estudios de Sala Franco, Vergara y Vicente abordan el panorama europeo, con especial - aunque no exclusiva - referencia a España.

Finalmente, el trabajo de Hernández apunta a brindar datos cuantitativos sobre el recurso al trabajo temporal vía ETT y a otras formas de trabajo no permanente.

Sin duda, el conjunto ofrece una base de conocimiento comparativo sumamente utilizable para la adopción de decisiones y para la elaboración de proyectos de reglamentación del suministro de trabajo temporal en Chile.

Oscar Ermida Uriarte

Especialista Principal en Normas Internacionales del Trabajo y Relaciones
Laborales de la OIT.

SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y TRABAJO TEMPORAL

¿EMPRESAS SIN TRABAJADORES?

José Luis Ugarte Cataldo
Abogado
Dirección del Trabajo

1. Consideraciones preliminares

La posibilidad de crear una empresa sin trabajadores corresponde para muchos a un escenario vinculado a la cibernética y la robótica, e incluso, su mención despierta, para los más imaginativos, el profético temor del hombre de ser sustituido por la inteligencia artificial. Sin embargo, dicha posibilidad puede ser en Chile, como acreditaremos en el curso de estas líneas, una realidad por una razón mucho menos emocionante y más concreta que una suerte de visión futurista de la empresa: la profusión del denominado trabajo temporal o suministro de trabajadores.

En efecto, las necesidades esporádicas o transitorias de aumentar la dotación de personal que las empresas presentaban en determinadas contingencias, como vacaciones del personal permanente o aumento extraordinario de la demanda de servicios en períodos de punta, dio lugar a la formación en diversos países de empresas dedicadas a proporcionar dichos trabajadores, surgiendo el fenómeno de la cesión o suministro de empleo.

Esta nueva figura laboral del trabajo temporal consiste, en términos puros, en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores, pone a

disposición de otra empresa, por el pago de un precio determinado y en forma transitoria, los servicios de sus empleados, reteniendo para sí la calidad de empleador.

En Chile, esa figura de suministro de trabajadores externo ha tenido una explosión histórica significativa: se calcula que de 3 empresas de servicios temporales que existían en 1984, en la actualidad es posible contar más de 150, con un universo de trabajadores aproximadamente de 30.000 personas.¹

Según un estudio de la Dirección del Trabajo², de fiscalizaciones efectuadas a grandes empresas de distintos rubros que utilizaban trabajadores temporales suministrados por un tercero, la proporción de dichos trabajadores respecto del total del personal correspondía a las siguientes cifras:

- Empresa de telecomunicaciones en el rubro de ejecutivo de venta y asistente administrativo empleaba 782 trabajadores suministrados de un total de 1.382 trabajadores.

- Supermercado en la categoría de cajero y reponedor empleaba 47 trabajadores suministrados de un total de 140.

- Banco en la categoría de cajero y digitador empleaba 12 trabajadores suministrados de un total de 43.

- Industria Alimentaria en la categoría de repartidor, desposte y mantención empleaba 113 trabajadores suministrados de un total de 464 trabajadores.

De las cifras y las actividades señaladas, es posible afirmar, como lo hace la propia Dirección del Trabajo, que "las actividades que realizan los trabajadores suministrados pueden ser indistintamente periféricas o centrales en relación al giro de la empresa, con predominio de estas últimas", y más aún, como señala ese mismo

1 ECHEVERRIA, Magdalena, SOLIS, Valeria y URIBE, Verónica. *El Otro Trabajo*. Cuaderno de Investigación N° 7. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. 1998.

2 Temas Laborales N° 7. Elaboración de M. ECHEVERRIA. Dirección del Trabajo. 1997

Servicio, "la magnitud del fenómeno es significativa" y no se trata de trabajadores aislados "sino de grupos significativos que se integran a la estructura productiva o de servicios de la empresa".

Dicha expansión del trabajo temporal no es, obviamente, una exclusividad de Chile. En Europa el crecimiento de este tipo de empresas es de un 10 por ciento anual, existiendo a 1995 más de 1,5 millones de personas contratadas bajo esta figura laboral. En España, concretamente, el número de ETT funcionando al año 1998 era de 439, con un número de contratos de trabajo celebrados a Septiembre de dicho año de 1.291.897, lo que representaba cerca de un 17,5 % del total de los contratos temporales celebrados en dicho país³.

Si bien todas las cifras anteriores, tanto en Chile como en el resto del mundo, no son especialmente significativas, nadie duda que esta forma de organización laboral continuará creciendo, en directa proporción a la prolongación del "momento de moda" que vive la denominada "descentralización funcional", en su versión en español, outsourcing, en su versión en inglés.

2. El Contrato de trabajo temporal: Delimitación conceptual⁴

La expresión contrato de trabajo temporal es desconocida en nuestro país, y cualquier intento por abordar este tema debe enfrentar el problema de determinar qué significa y cuáles son sus diferencias con otras figuras distintas pero afines.

La tarea no es simple, más aún ante la ausencia total de textos legales y de notas doctrinales, y es posible retratarla en la gran cantidad de denominaciones que esta figura presenta: "suministro de trabajadores", "empleo temporal", "subcontratación de trabajo", "colocación de personal", "agencias de trabajo temporal", "servicios eventuales", "empresas de servicios eventuales", etc.

³ Diario El País. *Economía y Trabajo*. Lunes 18 de Enero de 1999. España.

⁴ En adelante se utilizará la expresión "contrato de trabajo temporal" y "trabajo temporal" para referirnos única y exclusivamente a la cesión de trabajadores por la vía de las Empresas de Trabajo Temporal.

Obviamente, todas estas expresiones no se refieren exactamente a lo mismo, pero todas comparten un cierto aire de familia vinculado a lo que podríamos denominar globalmente como “trilateralidad o triangulación laboral”.

2.1. Trabajo Temporal y Trilateralidad Laboral

De este modo, y tratando de asentar una definición tentativa por cierto, del contrato de trabajo temporal podemos señalar que corresponde a aquel en que un trabajador se obliga ante su empleador a prestar servicios para un tercero, por un período transitorio, en las condiciones y por el tiempo que este le señale.

Si bien no es posible describir el contrato de trabajo temporal puro, en cuanto ello simplemente no existe, ya que cada orden jurídico nacional contempla esta figura laboral de la manera que estime más conveniente, de hecho, como ya se señaló, no existe ni siquiera coincidencia en la terminología, nada impide intentar destacar los elementos concurrentes que, según la comunidad jurídica internacional, debería presentar el trabajo temporal.

Así, de la revisión de la legislación comparada y la literatura sobre el tema, podemos señalar que lo fundamental para encontrarnos en un caso de trabajo temporal y que no se trate de un simple cambio de empleador, es que concurren ciertas condiciones fundamentales:

1.) El contrato de trabajo temporal, según aquí lo hemos definido, tiene como rasgo primario su indisoluble carácter trilateral, esto es, la vinculación jurídica simultánea de tres partes:

- La empresa receptora o usuaria de los servicios, que corresponde a aquella que utiliza efectivamente los servicios del trabajador temporal, ejerciendo sobre él la potestad de mando laboral y pagando un precio por ello a la empresa de trabajo temporal.

- La empresa de trabajo temporal, que corresponde a aquella que facilita o suministra los trabajadores a las empresas usuarias, conservando la calidad de empleador. Es una regla de oro en el derecho comparado que sólo pueden detentar esta calidad personas jurídicas cuyo giro sea el suministro de personal.⁵

- Los trabajadores temporales, que son personas naturales que tienen suscritos contratos de trabajo con la empresa de trabajo temporal, pero prestan servicios a la empresa usuaria.

2.) Se debe considerar como empleador a la empresa de trabajo temporal y no a la empresa usuaria que recibe los servicios, por tanto, todas las obligaciones laborales recaen sobre aquella empresa, que debe pagar salarios, otorgar feriados, indemnizaciones, etc.

El núcleo fundamental de esta figura atípica se encuentra en este rasgo, que la constituye en una verdadera ficción: no se atiende, para la determinación del empleador, a quién recibe los servicios y ejerce la potestad de mando, sino a quien ha celebrado el contrato de trabajo temporal en la calidad de tal. Así, en los hechos, existe un empleador real, con quien el trabajador trata día a día, pero a quien la ley le da el carácter de tercero interesado, y en el derecho existe un "empleador virtual", con quien el trabajador sólo ha suscrito el acto de contratación inicial, pero a quien la ley, sin embargo, le reconoce el carácter de parte directa.

3.) El trabajo a realizar por el trabajador suministrado a la empresa usuaria debe ser de carácter eminentemente transitorio, de lo contrario, esta figura podría devenir en otra figura atípica distinta o en la mayoría de los casos, donde no existen estas figuras, en un contrato de trabajo común e indefinido.

Como señala E. Ameglio "sólo es posible concebir esta figura con relación a la mano de obra temporal. Cualquier otra forma de contratación pura y simple de mano de obra, a nuestro juicio, queda alcanzada por la figura del intermediario

⁵ Así ocurre con la regulación de España (Ley N°14 de 1994), de Argentina (Ley N° 24.013 de 1991) y Colombia (Ley N° 50 de 1990).

(único empleador) en la medida en que el contrato no tiene otro objeto que suministrar trabajadores a una empresa usuaria”⁶.

Este punto es crucial, ya que una de las principales críticas a esta figura, especialmente relevante para nuestro país, corresponde al hecho de ser utilizada como un medio de que grandes empresas “encubran” la contratación de trabajadores que van a efectuar tareas propias de la empresa durante largos períodos de tiempo, con empresas menos solventes, eludiendo el cumplimiento de la legislación laboral.

En rigor, de lo que se trata es de que el empleo temporal no sea la forma que las empresas ocupen para contratar normalmente a sus trabajadores, sino una herramienta auxiliar que permita superar necesidades extraordinarias. En otras palabras como señala Bronstein, “el fin perseguido es procurar que este (trabajo temporal) se limite a una función de complemento del empleo estable y no de competencia, ya que, a pesar de la expansión del empleo atípico, el trabajo permanente sigue siendo la forma de empleo privilegiada por la legislación laboral”⁷.

Por ello, una rápida mirada a la legislación comparada permite advertir que esta figura está esencialmente asociada a restricciones en cuanto a la duración del suministro. Así, por ejemplo, en Bélgica el contrato sólo puede tener una duración máxima de tres a seis meses; en Dinamarca no puede exceder de tres meses y no es renovable.

2.2. *El trabajo temporal y la colocación de personal*

La cercanía de la figura de la empresa de trabajo temporal con la agencia de colocación lleva con facilidad a confundir dichas figuras, cuestión que, incluso, ocurre con el Convenio N° 181 de la Organización Internacional del Trabajo, que bajo la expresión de “agencia de empleo privadas”, ubica no sólo a las empresas de trabajo temporal, sino también a aquellas que prestan “servicios destinados a vincular ofertas

6 AMEGLIO, Eduardo. La Sub-contratación Laboral: un intento por delimitar su marco jurídico. Informe sin editar.

7 BRONSTEIN, Arturo. El trabajo temporal en Europa: ¿antagonista o complemento del empleo permanente?. Revista Internacional del Trabajo. Volumen N° 110. Número 4.OIT.1991.

y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a formar parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”.

En rigor, no son los sujetos o las empresas las distintas, sino la actividad que desarrollan y, en especial, las figuras contractuales a través de las cuales ejecutan su giro económico.

En primer lugar, la agencia de colocación corresponde a un ente de intermediación laboral, cuya función es poner en contacto la oferta de empleo con sus demandantes.

Así lo entiende el propio Convenio citado de la OIT, que señala, en su artículo 1, que el servicio de la agencia de empleo privada “es vincular ofertas y demandas de empleo”.

La nota fundamental de esta dimensión de las agencias privadas de colocación corresponde a que, si bien pueden ser entendidas como entes de intermediación laboral, esta se encuentra desprovista de efectos jurídicos laborales, en cuanto su rol se limita a la simple intermediación entre el oferente y el solicitante de empleo.

En otras palabras, si bien la agencia de empleo cumple un rol en el ámbito laboral, ello no se traduce en modo alguno en una figura de triangulación laboral, ya que como pone de manifiesto el Convenio de la OIT citado, el servicio se presta “sin que la agencia pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”.

En la actualidad, nuestro orden jurídico laboral no presenta regulación especial de ningún tipo para las agencias de colocación, ya que con la dictación de la Ley N° 19.518, que fijó el Nuevo Estatuto de Capacitación, publicada con fecha 14 de Octubre de 1997, y que derogó el Decreto Ley N° 1.446, de 1976, se eliminaron las referencias legales que regulaban la organización y funcionamiento de dichas empresas.

2.3. *El trabajo temporal y la subcontratación*

Quizás sea éste uno de los puntos de mayor confusión en el uso del lenguaje laboral, ya que en muchas ocasiones se utiliza la expresión "trabajo sub-contratado" para referirse específicamente al trabajo temporal.

La solución a nuestro juicio, en base al concepto de trabajo temporal ya explicado, importa distinguir dos usos distintos de la expresión "subcontratación laboral".

A) Subcontratación: sentido extensivo

Existe la tendencia a referirse a la subcontratación laboral en un sentido amplio, ocupando una distinción que ha ganado fama de la Organización Internacional del Trabajo, que distingue entre la subcontratación de bienes y servicios, por una parte, y la subcontratación de trabajo o mano de obra, por otra.

En el primer caso, la subcontratación se refiere a las relaciones que establecen dos empresas en donde una encarga a la otra, la producción de algún bien o la prestación de algún servicio necesario para su proceso productivo, comprometiéndose la segunda a llevarlo a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos tanto materiales como humanos.

En el segundo caso, la subcontratación se refiere a las relaciones que se establecen cuando una empresa contrata con otra la adquisición no de un bien o un servicio, sino el suministro de trabajo o de mano de obra.

Como es fácil de advertir, la subcontratación en este sentido amplio, incluye lo que aquí hemos denominado el contrato de trabajo temporal.

B) Subcontratación: sentido restrictivo

La subcontratación laboral, por otra parte, puede ser entendida en un sentido restringido, como lo hace nuestro propio legislador en el conocido artículo 64 del Código del Trabajo, referida a la figura en que una empresa, dueña de una obra o

faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido. En este caso, a diferencia del anterior, la subcontratación requiere que todas las empresas utilicen sus propios trabajadores, no existiendo suministro de mano de obra propiamente tal.

De estas dos acepciones de la expresión subcontratación, una amplia, abarcativa de la figura del trabajo temporal, y otra restringida, correspondiente a lo que la OIT denomina subcontratación de bienes y servicios, pero no de la que ese organismo internacional denomina mano de obra, nos inclinamos a sostener esta última como correcta, en atención a las siguientes razones.

a.) El sentido extensivo de la subcontratación mueve a una confusión conceptual que genera problemas: La utilización en este sentido de la expresión subcontratación genera la posibilidad de que soluciones legales concebidas para un tipo de subcontratación se pretendan aplicar a otro.

Un claro caso de dicha confusión es la propia terminología que la OIT utiliza sobre la materia en el informe V de la 86 Reunión, sobre un proyecto de Convenio de la subcontratación, que finalmente no prosperó, en que se define como trabajo en régimen de subcontratación a “todo trabajo realizado por una persona física o jurídica (designada como “empresa usuaria”) por una persona (designada como “trabajador en régimen de subcontratación”), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales” y “cuando el trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista”, entendiéndose por subcontratista a “una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta”.

Si uno toma la conceptualización anterior, ella no tiene, en rigor, prácticamente ninguna diferencia con la definición que la misma OIT ha establecido en el Convenio N° 181 sobre agencias de empleo privadas, en donde se ha señalado que son de esa clase de agencias toda persona física o jurídica, que presta, entre otros, el siguiente 'servicio en el mercado de trabajo: b.) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona (en adelante la empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución'.

No incurre en esta confusión, la Dirección del Trabajo, que señala, en dictamen N° 5487, del 22.09.92, que "el eventual contrato de provisión de personal entre empleador efectivo y la empresa colocadora, no transforma a esta última en contratista, en los términos del artículo 64 del Código del Trabajo, ya que no realiza con el personal colocado, y bajo su responsabilidad laboral y técnica, obra o trabajo alguno que sea un aporte específico y distinto a las áreas o actividades del contratador"

En otras palabras, el problema de la subcontratación de obra o servicio, y el de trabajo si bien tienen un grado de cercanía, presentan problemas distintos, como nuestro legislador lo ha entendido, y cuya solución no se favorece al utilizar la expresión subcontratación en el sentido extensivo ya indicado.

b.) La expresión amplia de subcontratación no tiene en Chile respaldo legal, ya que la figura de subcontratación laboral ha sido expresamente contemplada por el legislador en un sentido restringido, como subcontratación de obra o servicio, de manera que al utilizar la expresión subcontratación a secas, con un sentido expansivo provoca un profundo error: Nuestro legislador conoce y regula, bien o mal ese es otro tema, el problema de la subcontratación de obra o servicio, mientras que la figura del trabajo temporal, en el sentido ya señalado, es completamente extraña y atípica a nuestro orden laboral.

Esta contraposición de conceptos ha tenido que ser salvada en el Proyecto de Convenio de la OIT sobre la subcontratación de manera expresa, señalándose en el artículo 2 que 'el presente Convenio no se aplica a los asalariados de las agencias

de empleo privadas puestos a disposición de empresas usuarias para realizar un trabajo en régimen de subcontratación'. Si bien esta norma de exclusión del trabajo temporal solucionaría el problema de regulaciones concurrentes en dicho Proyecto, su inclusión se hace necesaria, precisamente, por la confusión de términos que aquí hemos señalado, e, incluso, de la sola lectura de esta disposición es fácil de advertir que la confusión conceptual se mantiene, ya que se insiste en calificar a los trabajadores temporales como 'trabajo en régimen de subcontratación'.

El error señalado es fácil de poner de manifiesto: cuando una empresa usuaria subcontrata en términos de nuestro Código del Trabajo, asume la condición de tercero responsable subsidiario (de ahí el progresivo aumento de la exigencia de certificados de conducta laboral de la Inspección del Trabajo), pero cuando acude al trabajo temporal, no asume dicha responsabilidad, ya que las partes simplemente pretenden mantener a la empresa usuaria como tercero absoluto, mientras que la autoridad administrativa ve simplemente en dicha empresa no a un tercero sino al propio empleador.

Por ello que, quizás, la confusión que provoca el término subcontratación laboral utilizado en sentido amplio sea inocua en el derecho extranjero, pero absolutamente relevante en nuestro derecho laboral: la subcontratación tiene una solución legal expresa (artículo 64 del Código del Trabajo), de ahí que el debate sea su alcance, el trabajo temporal, en cambio, carece de ella, de ahí que el debate sea su existencia.

Ahora, esclarecido el hecho de que el término subcontratación laboral, al menos en Chile, no comprende el trabajo temporal, entonces, queda por resolver con la mayor precisión posible la cuestión acerca de sus diferencias.

C) Subcontratación y trabajo temporal: diferencias específicas

Entonces, para concluir este apartado, ¿Cuáles son las diferencias que es posible trazar entre la subcontratación y el trabajo temporal objeto de este escrito?.

En lo conceptual, a nuestro juicio, es posible advertir las siguientes diferencias:

a.) En la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, en el trabajo temporal dicho poder es ejercido por la empresa usuaria del suministro.

b.) En la subcontratación la prestación de servicios del trabajador se comprende dentro de la ejecución de una obra del subcontratista para la empresa receptora o principal, en el trabajo temporal la prestación de servicios del trabajador suministrado corresponde precisamente a la obra o faena de la empresa usuaria.

c.) En la subcontratación los materiales y las herramientas de trabajo que utiliza el trabajador es de la propiedad de la empresa contratista o subcontratista, en el trabajo temporal, en cambio, la propiedad corresponde a la empresa usuaria.

d.) La subcontratación laboral puede importar tanto una relación triangular de trabajo (empresa principal - empresa contratista- trabajadores) como cuadrangular de trabajo (empresa subcontratista), en el trabajo temporal la relación sólo puede dar lugar a una forma triangular de relación laboral (empresa suministradora-empresa usuaria-trabajadores).

3. El trabajo temporal: Discusión de política-laboral

Como señala Bronstein "el trabajo temporal parece contar con tantos partidarios entusiastas como detractores encarnizados, y ciertamente, uno y otros aducen argumentos muy defendibles"⁸.

Esta situación de polémica hace absolutamente necesario, antes de revisar la temática jurídica propiamente tal en el derecho chileno y comparado, destacar cuales son las ventajas y desventajas que esta forma atípica de trabajo presenta en el mundo laboral.

⁸ BRONSTEIN, Arturo. Obra citada N°4. P 487.

3.1. Ventajas del trabajo temporal

a.) Permite a la empresa usuaria cubrir una necesidad transitoria como suplencias o necesidades de “crestas” de actividad, sin tener que contratar nuevos trabajadores y sin asumir el costo propio de una relación laboral como gasto de administración, indemnizaciones, litigios judiciales, etc.

b.) Como usualmente las empresas de trabajo temporal capacitan a sus trabajadores existirá un doble beneficio: para la empresa usuaria que recibe un trabajador ya capacitado sin inversión de su parte, y, para el propio trabajador, que se capacita en áreas con demanda laboral.

c.) Se cita como una ventaja importante de esta atipia laboral lo que podríamos llamar “efecto permanencia”, en cuanto existe un alto porcentaje de estos trabajadores, que una vez terminada su labor en la empresa usuaria, ve aumentada sus posibilidades de permanecer definitivamente en ellas, cambiando simplemente de empleador. En este caso, se habla de un período de “pre-contratación”, en que la empresa de trabajo temporal proporciona un verdadero servicio de prueba y selección a la empresa usuaria.⁹

3.2. Inconvenientes del trabajo temporal

a.) A través de esta figura puede generarse una vía de restricción de los derechos laborales para los trabajadores temporales frente a la empresa usuaria, especialmente la posibilidad de negar a dichos trabajadores que formen parte de sindicatos y de negociaciones colectivas dentro de la empresa.

b.) Es difícil de sostener que la empresa usuaria, donde el trabajador temporal presta sus servicios diariamente y respecto de la cual tiene deberes laborales, no tenga ninguna responsabilidad legal frente al trabajador.

⁹ Según datos de la Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal (Gessta), aproximadamente el 30 por ciento de los contratos que realizan las ETT acaban convirtiéndose en indefinidos.

Cabe señalar, sin embargo, como veremos más adelante, que esta objeción del trabajo temporal ha sido superada, en la legislación comparada mediante el establecimiento de la responsabilidad laboral subsidiaria de la empresa usuaria o, en su defecto, la responsabilidad solidaria.

c.) Probablemente, la principal crítica del trabajo temporal corresponda a la denominada precarización del empleo, que se traduce en la diferencia de estabilidad laboral que existe entre el trabajador permanente y el temporal. Aún los más benevolentes con esta figura señalan que 'aunque el empleo temporal no es forzosamente sinónimo de trabajo precario, no deja de ser un paliativo insuficiente para muchos temporeros que buscan una situación estable'.

Esta crítica a la figura del trabajo temporal ha sido enfrentada en las legislaciones comparadas, mediante una detallada y a veces frondosa normativa especial de protección del trabajador suministrado.

4. El contrato de trabajo temporal en Chile

La figura laboral atípica del contrato de trabajo temporal es desconocida para nuestra legislación laboral, que no contempla norma alguna sobre esta materia.

La única referencia jurídica sobre este contrato de trabajo atípico en el ámbito laboral corresponde a la Dirección del Trabajo, que emitió, en dictamen N° 5487 del 22.09.1992, su opinión sobre lo que denominó "contrato de enganche", entendiéndolo por tal al celebrado por el trabajador con una empresa colocadora, quien mantenía en todo caso su calidad de empleadora, para que el trabajador prestara servicios en empresas distintas, designadas por la empresa colocadora.

La Dirección del Trabajo señaló respecto de este contrato de enganche que "no existe norma de derecho laboral que pudiese apoyar a legitimar una eventual legalidad del vínculo entre trabajadores y determinados agentes o representantes de empresas colocadoras".

Así, ese organismo estatal no reconoce la existencia de este contrato de trabajo atípico, señalando que en ese caso existe un vínculo laboral tradicional, entre el trabajador y la empresa usuaria de los servicios.

La doctrina de la Dirección del Trabajo se apoya en la premisa fundamental de que para "nuestra legislación laboral es empleador quien actúa efectivamente como tal".

Para fundar esta afirmación la Dirección del Trabajo utiliza como argumento principal la definición que la ley laboral contempla de empleador que, según el artículo 3 del Código del Trabajo, corresponde a "la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo".

En esta materia, dicho Servicio, incluso, en el intento por dar operatividad a dicho pronunciamiento jurídico, ha emitido expresas instrucciones a sus fiscalizadores, mediante Orden de Servicio N° 14, de fecha 9 de Junio de 1993, en el sentido de si en una empresa "el personal proviene de una colocadora de personal y sólo tiene contrato con esa colocadora, pero quien ejerce las funciones de dirección y administración sobre ellos es el establecimiento o empresa misma para la cual le prestan servicios, es esta la que debe ser considerada como empleador y, por consiguiente, si no ha hecho el respectivo contrato de trabajo, se encuentra infraccionando el inciso primero del artículo 9 del Código del Trabajo, situación de la que debe quedar constancia en acta Ad hoc, dejando expresamente establecida las situaciones de hecho existentes que materializan el vínculo de subordinación de dependencia".

En caso, agrega las instrucciones de la Dirección del Trabajo, de que "la permanencia del trabajador en la empresa que recibe sus servicios personales supera los 15 días, se cursará sanción administrativa sin más trámite".

Como es fácil de advertir, la solución jurídica de la Dirección del Trabajo, atendido el estado actual de nuestra legislación laboral frente al trabajo temporal, es bastante

coherente: si el empleador se determina por quien ejerce efectivamente la potestad de mando, entonces, el trabajador suministrado debe reconocer como tal a la denominada empresa usuaria, vínculo laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo escriturado, de lo contrario se infringe el artículo 9 del Código del Trabajo.

Ahora, si esa es la opinión de la Dirección del Trabajo sobre esta figura del trabajo temporal, cabe preguntarse como es, entonces, que dichas empresas crecen y siguen ofertando a las empresas usuarias el mismo producto: mano de obra y personal, sin que estas últimas tengan que asumir la calidad de empleador.

La respuesta a lo anterior requiere revisar la opinión que sobre esta materia han tenido los Tribunales de Justicia, más específicamente la Corte Suprema, que ha declarado ritualmente la falta de competencia de la Dirección del Trabajo, tanto para instruir a la empresa usuaria, como para multarla por falta de escrituración del contrato de trabajo.

La argumentación casi de estilo que ha utilizado el máximo Tribunal es la siguiente:

“Que la decisión del fiscalizador en orden a que los trabajadores que se desempeñen en el local del Supermercado Unimarc a que se hace referencia y que cumplen todos los requisitos establecidos en la ley para que a los recurrentes se les escribire sus contratos de trabajo, es sólo consecuencia de una fiscalización rígida, por lo que su conducta y posterior decisión resulta arbitraria, toda vez que cualquiera sea la extensión de las facultades invocadas para justificarlas no pueden desconocer dos hechos ciertos, a saber; que el contrato de prestación de servicios entre Servimarket y la recurrente y que los contratos de trabajo de esos empleados con Servimarket cumplen con los requisitos legales”.

“Que en consecuencia, la facultad de fiscalizar, y la función de fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo, sólo permiten, como lo ha señalado anteriormente este Tribunal, observar o reparar infracciones objetivas y evidentes a la legislación laboral y previsional debiendo limitarse a efectuar la denuncia pertinente porque la

calificación jurídica de los hechos es una materia eminentemente jurisdiccional que cae en la esfera de los Tribunales de Justicia”. (Corte Suprema, Sentencia del 6 de Diciembre de 1991, Rol N° 19.804).

En rigor, lo curioso de lo anterior, es que no obstante existir una aparente contraposición entre la jurisprudencia administrativa y judicial acerca de quién debe ser considerado empleador, ello no es exacta y realmente así.

Los Tribunales de Justicia hasta el momento, frente a una situación de hecho que corresponda estrictamente a lo que aquí hemos denominado trabajo temporal (retención de la calidad de empleadora por la ETT, subordinación efectiva en la empresa usuaria, etc.) no han declarado que deba considerarse empleador a la empresa de trabajo temporal, esto es, en otras palabras, que el vínculo laboral se constituye con quien ha firmado el contrato, sino que, cosa muy distinta, ha declarado incompetente a la autoridad administrativa para pronunciarse sobre esta materia.

Surge, entonces, el nudo central de la discusión legal sobre esta figura de trabajo en Chile: quién debe ser considerado empleador, la empresa suministradora o la temporal, y por lo tanto, con quién debe entenderse constituida la relación jurídica laboral del trabajador suministrado.

Si la Dirección del Trabajo carece de competencia para este asunto, lo importante, entonces, es preguntarse ¿Cómo deberá ser resuelto por quienes son competentes?

En otras palabras, a juicio de los Tribunales de Justicia. ¿En quién debería recaer el vínculo laboral en la situación fáctica ya descrita?

Dicha situación es la de trabajadores que han sido suministrados por una empresa de trabajo temporal a una empresa denominada usuaria, quien utiliza efectivamente los servicios de dicho trabajo, y ejerce día a día la potestad de mando.

Para responder, es imprescindible revisar algunas líneas de argumentación contenida en los fallos judiciales de la propia Corte Suprema:

“Entre los principios imperantes en materia del derecho del trabajo, y que sirven de inspiración al derecho positivo de esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad que para el tratadista Américo Plá Rodríguez “significa que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (Los principios del Derecho del Trabajo, 2 edición actualizada, pág. 243). En este mismo orden de ideas, otro autor, Mario Develalí, citado por el anterior, además de afirmar que la primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo, expresa también que la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico, y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación del trabajo; y la aplicabilidad y los efectos que de aquellas dependen, más que del tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades concretas de dicha prestación”.

En el mismo fallo anterior, sentencia de 16.03.87 de la causa rol N° 21.950, la Corte Suprema concluye que corresponde “el carácter de empleador a la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales y la calidad de trabajador, a la persona natural que presta servicios, bajo dependencia o subordinación, como lo entiende el artículo 3, del D.L. N° 2.200 en sus letras a) y b)”.

Por su parte, la Corte Suprema, en otro fallo de fecha 03.07.89 en causa rol N° 8.530, sostiene que “la calificación jurídica del citado contrato innominado es la de un contrato de trabajo, pues la prestación de servicios se hace bajo la dependencia y subordinación de la empresa demandada, por cuanto los actores debían someterse a la modalidad de trabajo impuesta por aquella, a sus instrucciones y órdenes en forma continuada y permanente”.

El fallo agrega, para concluir, que “la estipulación en una cláusula del contrato innominado, según la cual se declara que el repartidor no es dependiente ni empleado de la Empresa Correos de Chile, ni adquiere dicha calidad en virtud del convenio, y que realiza su labor sin vínculo de subordinación o dependencia respecto de ella, carece de todo valor, porque las cosas se califican jurídicamente, según su real naturaleza, y no conforme a lo que las partes prediquen acerca de ellas.”

Ahora, si del contenido de estos fallos se sigue una línea de argumentación que los Tribunales pretenden mantener, entonces, frente al problema del empleador en el trabajo temporal, no queda sino concluir que la Corte Suprema y la Dirección del Trabajo deberían coincidir plenamente en la solución jurídica de este tema: si el contrato de trabajo es un acuerdo cuya escrituración es sólo un medio de prueba, en que la subordinación jurídica se expresa en diversas manifestaciones de hecho, el rol de empleador le corresponde a quien efectivamente recibe y utiliza los servicios del trabajador, mediante el ejercicio de la potestad de mando.

Y en el caso de que el documento y la realidad discrepen, situación precisamente del trabajo temporal, y en atención al principio de la primacía de la realidad, reconocido tanto por la Corte como por la Dirección del Trabajo, debe primar la calificación que se ajuste, como señala el máximo tribunal, con lo que “sucede en el terreno de los hechos” más que a las declaraciones formales o documentales sobre la materia.

Dicha coincidencia, en la que consideramos única solución correcta en nuestra legislación laboral actual para el tema del trabajo temporal, es hasta ahora a nuestro juicio, nada más que especulativa, ya que no conocemos referencias judiciales de la Corte Suprema sobre la materia específica del suministro. Dicho Tribunal, que por la vía de la acción de protección sólo ha conocido el aspecto formal de la incompetencia de la Dirección del Trabajo, no ha debatido el fondo del asunto ya señalado acerca de quién debe ser considerado el empleador en la situación de trabajadores proporcionados por las empresas de trabajo temporal.

A nuestro juicio, no nos cabe duda que en su oportunidad el máximo Tribunal, en el evento de conocer el fondo del problema, llegará a la solución ya señalada, que no sólo coincide con la legislación laboral de nuestro país, sino que mantiene una línea de coherencia con las propias decisiones que la Corte Suprema ha tomado sobre la relación que en materia laboral ha de establecerse entre lo que las partes estipulan en los documentos y la realidad que indican los hechos.

Es más, todo lo anterior queda mostrado, en cuanto al camino que la jurisprudencia judicial debería tomar en el tema del trabajo temporal, con la existencia de un referente judicial del primer grado que no hace sino reconocer la solución aquí señalada, que corresponde a una resolución de reclamación de multa del Noveno Juzgado Laboral de Santiago, que en sentencia del 27 de Diciembre de 1997, rechazó la reclamación de multa en contra de la Dirección del Trabajo.

En este caso, frente a la multa cursada por la Dirección del Trabajo, en atención a la no escrituración de los contratos de trabajo por parte de un Banco de 12 trabajadores, el reclamante solicita se deje sin efecto las multas aplicadas porque dichas personas no tienen un vínculo laboral con el sino con un tercero, esto es, una empresa proveedora de servicios temporales.

La sentencia, citando los mismo artículos que la Dirección del Trabajo, a saber los artículos 3 y 7 del Código del Trabajo, señala que "el elemento esencial de la relación laboral como prestación de servicios es la subordinación y dependencia del prestador de servicios respecto del prestatario, lo que en la jurisprudencia y la doctrina han señalado se manifiesta en una serie de hechos externos, tales como, la obligación de asistencia, el cumplimiento de la jornada, la dictación de órdenes, entre otros".

Como en el caso en cuestión, "resulta claro de las actas de fiscalización y de los propios contratos de trabajo de las personas aludidas con las empresas colocadoras, que dichos trabajadores estaban bajo la subordinación y dependencia del banco reclamante" y en consecuencia, agrega la sentencia, "se estima ajustado a derecho el procedimiento del fiscalizador quien al aplicar la multa comprobó que se daban

los presupuestos esenciales de la relación de trabajo entre el banco reclamante y los doce trabajadores que menciona el acta”.

Al concluir la sentencia del Juez Laboral, en referencia a la escrituración de los contratos de trabajo en que aparece como empleador la empresa colocadora, se utiliza sin nombrarlo el principio de primacía de la realidad, señalando que “las reglas de interpretación de los contratos de trabajo debe estarse más a la intención de las partes y a la aplicación práctica del acuerdo de voluntades que a la literalidad de un documento y en el caso que nos compete este principio se encuentra reforzado, dado que el Derecho del Trabajo no regula acuerdos de voluntades sino situaciones objetivas en que se esté frente a una prestación de servicios bajo subordinación y dependencia, lo que se traduce en que frente a una discordancia entre la práctica y lo que surge de los documentos ha de preferirse lo primero y al actuar de esa manera el fiscalizador dio plena aplicación a la primacía de la verdad de los hechos sobre las formalidades, principio propio de la disciplina e íntimamente ligado a su carácter tutelar”.

De esta manera, a modo de conclusión en este punto, es posible señalar que, a nuestro juicio, la única solución ajustada a derecho frente al contrato de trabajo temporal, es la sostenida por la Dirección del Trabajo, y refrendada en el fallo judicial recién citado: dicha figura no existe ni es reconocida por nuestro legislador, y en caso de celebrarse un contrato de ese tipo, éste quedará sujeto a su confrontación con la realidad, de manera tal, que si los hechos indican que la subordinación se produce con la empresa usuaria y no con la empresa de trabajo temporal o colocadora, deberá considerarse empleador a la primera en los términos ya expuestos.

El problema, a esta altura, al menos legalmente, podría entenderse resuelto en el sentido de quién debe ser considerado empleador, sin embargo, ello no elimina que en la práctica persista un cuadro bastante problemático: los trabajadores tiene día a día, cara a cara, una relación laboral con un empleador “real” (empresa usuaria), quien no obstante no asume ninguna responsabilidad y que al momento de plantear sus exigencias laborales los reenvía a tratar con un empleador “fantasma” (empresa

de trabajo temporal), y cuando reclaman la protección de la Dirección del Trabajo para que haga exigible el cumplimiento de las disposiciones laborales respectivas frente al empleador real, dicha acción se ve paralizada mediante declaraciones de incompetencia de los Tribunales de Justicia, obtenidas por la vía de la acción de protección, quedando la acción fiscalizadora, entonces, centrada en la empresa de trabajo temporal, quien, paradójicamente, no tiene mayor contacto laboral diario y permanente con el trabajador, salvo firmar el contrato de trabajo inicial y en algunos casos, pagar las remuneraciones.

Lo extraño y precario de la peculiar situación que los trabajadores temporales viven en Chile, hace plantear la temática acerca de buscar e introducir una posible regulación legal en nuestro orden laboral para el contrato de trabajo temporal, que permita resolver las inquietudes que esta figura genera: ¿Puede ser considerado empleador una empresa que no tiene mayor contacto laboral con los trabajadores? ¿Es correcto que la empresa que recibe día a día la prestación de servicios no asuma responsabilidad en el ámbito laboral? ¿El contrato de trabajo temporal requiere que la labor suministrada sea sólo transitoria? ¿Cómo se ejercen los derechos colectivos de los trabajadores temporales?, etc.

5. Consideraciones finales: un debate que comienza

La extensiva revisión que hasta este punto hemos efectuado del fenómeno del trabajo temporal va dirigida a poner de manifiesto la extraña y peculiarísima situación, recién apuntada, del orden laboral chileno en el derecho comparado, que clínicamente podría ser calificada de esquizofrénica: no deben existir muchos países medianamente “en forma” donde la ley laboral no efectúa la más mínima referencia normativa a una de las formas más vigorosas y presentes de vinculación de trabajo al interior de sus empresas.

Esta situación, repetimos, muy peculiar en términos del derecho comparado, no tiene fecha de solución o regulación al corto plazo, ya que no existe hasta este

momento ningún proyecto de ley presentado en el Congreso Nacional o en vías de presentarse sobre la materia.

Sin embargo, cualquiera sea la vía y el momento que se escoja para enfrentar el tema del trabajo temporal en nuestro país, es necesario, a nuestro juicio, alejarse por igual de dos extremos peligrosos que probablemente se expondrán a favor o en contra de esta figura de trilateralidad laboral.

Por una parte, es inconveniente caer en la actitud de extremo rechazo del suministro temporal de trabajadores, que como aquí hemos acreditado, ya ha sido abandonada mayoritariamente en el derecho comparado, a riesgo de adoptar una legislación bastante estricta y protectora del trabajador a nivel normativo, pero absolutamente ingenua e ineficaz a nivel práctico.

Y también, por otra, es necesario alejarse del permanente discurso, de corte economicista, de extrema tolerancia del suministro de trabajadores, que pretende presentar esta figura como una simple cuestión de costos, cuya resolución queda dentro del ámbito privado de las partes, negando la competencia del Estado para inmiscuirse en lo que se supone "es un negocio estrictamente privado", a riesgo de desamparar a numerosos trabajadores que exigen del Estado protección de bienes de relevancia para ellos como la igualdad ante la ley, no discriminación, respeto de sus garantías laborales, etc.

La solución, de esta manera, para variar, se encuentra lejos de los extremos, y requiere tener como punto de partida la simple y usualmente olvidada idea de que el Derecho del Trabajo no es una simple caja de resonancia de la economía, sino un proyecto ético de corrección, que se construye desde una concepción del hombre y su dignidad que, alejada del puro agente de cambio patrimonial del Derecho Civil y Comercial, permite intentar hacer realidad aquellas palabras iniciales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS DE EMPLEO TEMPORAL EN ARGENTINA, COLOMBIA Y URUGUAY

Eduardo J. Ameglio
Abogado, Montevideo

1. Enfoque del estudio

Nos proponemos realizar un estudio comparativo de la regulación jurídica del funcionamiento de las empresas de empleo temporal (EET) en tres países: Argentina, Colombia y Uruguay.

Este trabajo se circunscribirá al estudio comparativo de las normas jurídicas que regulan en los tres países el desempeño de las EET.

Con esto queremos significar que el posible divorcio que pueda darse entre la normativa y el funcionamiento real de este tipo de empresas no queda comprendido en este trabajo.

En lo que tiene que ver con el concepto de EET, a los efectos de este estudio, nos referiremos a los «servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria») que determine sus tareas y supervise su ejecución.» (Art. 1 lit. b del proyecto de Convenio OIT sobre Agencias de Empleo Privadas que lleva el N° 181, Oct. 1997).

En consecuencia, quedan fuera de este estudio las típicas agencias de empleo que son definidas por este instrumento internacional como «los servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada

pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse» (Art. 1 lit. a).

También se excluyen «otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas» (Art. 1 lit. c).

Por consiguiente, siguiendo la terminología del Convenio Internacional N° 181, de la expresión «agencias de empleo privadas», que comprende uno o más de estos tres servicios, nos abocaremos al estudio comparativo de uno solo de estos servicios, el que brindan las EET.

2. Características de la regulación

Dos de los tres países que integran la muestra, Argentina y Colombia, tienen un tipo de regulación muy similar. Esta similitud se da tanto por el tipo de fuente de la regulación, cuanto por su contenido. En estos dos ordenamientos por ley se delimita el marco normativo del funcionamiento general de la EET, que posteriormente es densamente complementado por medio de decretos reglamentarios.

En Uruguay la situación es marcadamente diferente ya que, en comparación con los otros dos países, se puede decir que no hay una regulación específica de la EET. Esto no significa decir que no operen, sino que lo hacen en el marco de la normativa general de la legislación laboral.

En Argentina y Colombia se da la coincidencia que las EET adquieren carta de ciudadanía legal a comienzos de esta década, en ocasión de la modificación en Argentina del texto ordenado del Régimen de Contrato de Trabajo; y en el caso de Colombia como consecuencia de la reforma laboral por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo.

En Argentina es la denominada Ley Nacional de Empleo N° 24.013, sancionada el 13/11/91, que intenta flexibilizar las normas de entrada al mercado de trabajo,

que recoge y regula en seis artículos el funcionamiento de las EET. Estos seis artículos fueron prolijamente reglamentadas por el decreto 342/92 del 24 de febrero con la finalidad de preservar la dignidad del trabajo, asegurar el empleo de este tipo de trabajadores y jerarquizar el profesionalismo de las empresas del sector.

En Colombia es la ley N° 50, sancionada el 28 de diciembre de 1990, que procura también flexibilizar las normas preexistentes, la que en 24 artículos regula la forma de actividad de las EET. Estos artículos han sido recientemente reglamentados por el decreto N° 24 del 6 de enero de 1998, con la finalidad de recomendar políticas y normas que rijan las empresas de servicios temporales, para su orientación y adecuación a las necesidades del aparato productivo.

En Uruguay, coincidentemente en el mismo período (septiembre de 1991), se presentó al parlamento un proyecto de ley donde se opta por autorizar el funcionamiento de las empresas suministradoras de mano de obra temporal como una manifestación de flexibilidad del derecho laboral, pero limitando su acción a casos y situaciones específicamente determinados que justifiquen el apartamiento del principio general.

Este proyecto de ley no ha sido aprobado por el poder legislativo, y en Uruguay la EET opera al amparo del decreto N° 384/79 reglamentario del CIT N° 96. Además existe un decreto-ley N° 14.312 -de casi nula aplicación práctica- que crea el Servicio de Empleo Temporal y que contiene muy pocas normas de contenido sustancial que refieren a la actividad de este tipo de empresas.

Es claro que si comparamos la situación normativa de Uruguay respecto de los otros dos países puede concluirse que la regulación uruguaya es prácticamente inexistente, y estas empresas operan fundamentalmente por aplicación del artículo 36 de la Constitución que consagra la libertad de trabajo industrial y comercial.

Las normas de Argentina y Colombia son marcadamente protectoras del trabajo temporal y le otorgan un fuerte intervencionismo a la administración pública laboral para evitar el fraude laboral.

Por último, en este enfoque comparativo introductorio repararemos en la denominación que en cada ordenamiento tienen las EET.

En Argentina la ley denomina a estas organizaciones como empresas de servicios eventuales, mientras que en Colombia la ley las denomina empresas de servicios temporales. En Uruguay, doctrina, jurisprudencia mayoritaria y el proyecto de ley no aprobado, las denominan empresas suministradoras de mano de obra temporal.

El rasgo común es el apartamiento al contrato por tiempo indefinido, ya que es una de las modalidades de contratación a término.

3. Posición frente a las normas de la OIT

En el plano de la normativa internacional sólo Uruguay ha ratificado el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (N° 96) que fuera revisado en 1949 y optó por reglamentar las disposiciones de la parte III, que prevé la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación y no su supresión.

Este Convenio Internacional (N° 96) ha tenido muy pocas ratificaciones a la fecha, sólo cuarenta y un países, y cuatro ya han optado por denunciar este convenio (Alemania, Brasil, Finlandia y Suecia). De los países que mantienen la ratificación, 25 han optado por aceptar las disposiciones de la parte II del instrumento, que prevén la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación. Tan sólo 12 países han aceptado las disposiciones de la parte III, que prevén la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos.

Este panorama comprueba la necesidad de revisar este instrumento, y así lo dispuso la OIT en su Conferencia Internacional del Trabajo del año 1994, que desembocó finalmente en la aprobación del Convenio Internacional N° 181 y la recomendación N° 188 en la Conferencia Internacional del Trabajo del año 1997.

Los tres países consideraron conveniente tanto la revisión del Convenio Internacional N° 96 como la necesidad de adoptar una recomendación que complemente este instrumento.

4. Concepto de EET

La normativa argentina y colombiana exigen que las EET se constituyan en personas jurídicas y que tengan como objeto único la puesta a disposición de terceros (usuarios) los servicios de trabajadores temporarios. En Uruguay la normativa proyectada adoptaba la misma solución, aunque en la actualidad el ordenamiento vigente no exige el objeto único, por lo que este tipo de organizaciones desarrollan otras actividades como, por ejemplo, seleccionar personal para otras empresas.

En el ordenamiento argentino el concepto de este tipo de empresas está muy ligado a la definición de la modalidad del trabajo eventual previsto en la ley de contrato de trabajo.

El artículo 2 del decreto 342/92 considera «empresa de servicios eventuales a la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas -en adelante usuarias- a personal industrial, administrativo, técnico o profesional para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato.»

Esta definición se ve complementada por el artículo siguiente que detalla en seis literales las distintas circunstancias en que se puede recurrir a la contratación temporal a través de estas organizaciones (ausencias, licencias, suspensiones, incrementos de actividad, congresos, etc.).

La técnica reglamentaria resulta poco adecuada, ya que no hay una armónica complementación de estos artículos, pues no se va de lo general a lo particular.

Además los dos artículos finalizan con una previsión residual de carácter general, que le quita toda relevancia a la enumeración taxativa contenida en los literales anteriores. Nótese que el literal final del artículo 3 que intenta precisar las circunstancias en que se habilita a este tipo de contratación dispone «... en general, cuando atendiendo a necesidades extraordinarias o transitorias hayan de cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.» (lit. f).

En suma, la definición del área de acción de estas empresas es muy amplia, aun cuando su descripción normativa resulta un tanto confusa.

En el ordenamiento jurídico colombiano la definición de empresas de servicios temporales tienen rango legal. El Art. 71 de la ley 50 define a «aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a éstas el carácter de empleador.»

Esta definición hace especial hincapié en el carácter de empleador que reviste la EET respecto del trabajador temporal contratado. En cuanto a la delimitación del campo de acción de estas empresas, la expresión «para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades» se ve complementada por el artículo 77 que regula tres supuestos en que se puede recurrir a este tipo de empresas. El primer inciso remite al artículo 6 del Código de Trabajo que refiere al trabajo ocasional, accidental o transitorio, que es el de corta duración, no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono. El segundo inciso refiere al reemplazo de trabajadores permanentes por diversos motivos, mientras que el último abarca incrementos de actividad por un término de 6 meses prorrogables hasta por seis meses más.

Este criterio de delimitación es más preciso por cuanto contempla situaciones concretas con plazo máximo de duración. Esto no significa que sea el más conveniente desde el punto de vista operativo, pero su interpretación es clara.

Como adelantáramos, en Uruguay no hay una definición normativa de las EET, y en los hechos estas organizaciones operan en todas las situaciones en que puede darse el empleo temporal sin una delimitación precisa en cuanto al tiempo de duración de cada misión. El proyecto de ley entiende por «empresas suministradoras de mano de obra temporal las que desarrollen como actividad exclusiva la de poner a disposición transitoria de otra empresa a trabajadores asalariados de una cierta categoría profesional, en condiciones previamente convenidas con la clientela.»

No hay una delimitación específica del campo de acción de estas empresas, y se exige exclusivamente el carácter transitorio de la misión.

En términos de señalar coincidencias, que se alinean con la terminología internacional, la normativa argentina y colombiana califican de usuaria a la empresa cliente de la EET.

En resumen, mientras la normativa argentina pone especial énfasis en la delimitación de las hipótesis en que es lícito recurrir a este tipo de empresas, la ley colombiana subraya el carácter de único empleador de la EET respecto del trabajador temporario.

5. La determinación del empleador

La contratación de trabajadores temporarios por intermedio de EET genera necesariamente una relación triangular que vincula a un trabajador directamente con una empresa colocadora e indirectamente con una empresa usuaria. Simultáneamente se traba una relación comercial entre dos empresas independientes que se encuentran ocasionalmente ligadas por un trabajador temporario.

A efectos de lograr una adecuada protección del trabajador temporario, semejante a la protección de que gozan los permanentes, los ordenamientos tienden a delimitar en forma precisa las obligaciones que asume cada uno de los sujetos en esta relación triangular.

En tal sentido es necesario determinar si en ocasión del empleo temporal hay un único empleador o si, por el contrario, son dos los obligados frente al temporario.

Como señaláramos la ley colombiana define a las EET destacando el carácter de único empleador de estas organizaciones. La reglamentación también subraya este aspecto señalando que la EET tendrá siempre el carácter de empleador con respecto tanto a los trabajadores de planta como en misión. Además estipula que todas las obligaciones laborales y de seguridad social, incluida las vinculadas a la salud ocupacional del trabajador temporario, son responsabilidad de la EET.

El modelo colombiano se estructura en base a imputar todas las responsabilidades casi en forma exclusiva a la EET.

En consecuencia, todo el peso del contralor administrativo cae sobre la figura del único y exclusivo empleador del temporario, la EET.

El modelo argentino estructura una forma de protección, donde responsabiliza en distinto grado a la EET y a la usuaria. La ley primero señala que el temporario está en relación de dependencia, con una relación de carácter permanente continuo o discontinuo con la EET. Pero a renglón seguido dispone que la usuaria será solidariamente responsable con la EET por todas las obligaciones laborales. Se le agrega a la usuaria otra responsabilidad legal, ya que debe retener de los pagos que le realice a la EET los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término.

En este caso, si bien la ley señala que formalmente el empleador del temporario es la EET, no deja fuera de las relaciones jurídicas que crea esta figura a la empresa usuaria, que también asume responsabilidades concretas respecto del trabajador.

En Uruguay no existe tanto en doctrina como en jurisprudencia, una posición clara respecto de quién es el empleador del temporario. Plá Rodríguez parece inclinarse a sostener que el verdadero empleador es la empresa usuaria, pero agrega

destacando lo discutible que se presenta el problema que «sin perjuicio de ello, parecería superponerse una relación laboral complementaria de la empresa suministradora de mano de obra con la cual conserva el trabajador una vinculación más prolongada y a la cual, en cierto modo, está subordinado. Sería una relación atípica porque no prestaría servicios en su directo beneficio, aún cuando los servicios prestados a las empresas clientes serían una forma de cumplir el compromiso del trabajador con esa empresa suministradora» (Curso de Derecho Laboral, Tomo I, Vol. I, pág. 141).

Esta cita tiene la virtud de poner de manifiesto todos los problemas interpretativos que genera este tipo de contratación cuando no hay una ley específica que trate el tema.

La jurisprudencia uruguaya ha vacilado entre la posición de considerar como único empleador a la EET cuando la misión del temporario es verdaderamente transitoria, y de responsabilizar solidariamente a la EET y la empresa usuaria cuando la contratación no responde a necesidades temporales de la beneficiaria.

Las tres normativas en análisis muestran esquemas de protección distintos: la colombiana se estructura sobre la base de centrar todas las responsabilidades en la EET; la argentina llama a responsabilidad en forma solidaria a la EET y la usuaria, por más que señala que la relación de dependencia la tiene el temporario con la EET. En Uruguay la ausencia de solución legal demuestra la opinabilidad del tema.

La determinación de quién es el empleador del trabajador temporario es un aspecto medular del sistema. Por nuestra parte consideramos que todo el modelo debe reposar sobre la premisa básica, que presupone que sea la EET quien debe asumir todas las obligaciones inherentes a la calidad de empleadora del trabajador temporario.

Este debe ser necesariamente el punto de partida indiscutible, que fundamenta y tiende a justificar el funcionamiento de estas organizaciones en el mercado de trabajo, al tiempo que se constituye en el factor que diferencia y aparta a las mismas de las

distintas modalidades que son capaces de asumir los fenómenos de la intermediación y colocación obrera.

Asimismo estimamos que por la forma particular que desempeña efectivamente sus tareas el trabajador temporal contratado a través del sistema hace que la empresa usuaria (en definitiva, quien recibe el fruto de la actividad personal del temporario) no puede permanecer ajena a toda vinculación con el mismo. La relación entre el temporario y la usuaria no es una vinculación directa, por lo que resulta lógico que las obligaciones de la usuaria respecto del temporario sean sólo en subsidio de la obligación principal que tiene el verdadero empleador que es la EET.

En consecuencia, la usuaria sólo debería ser responsabilizada si incumple el obligado directo, que es la EET.

6. Grado de protección del trabajador temporario

El análisis de los diversos ordenamientos jurídicos indica que, en general, el trabajador temporario no goza del mismo nivel de protección laboral y de seguridad social que el trabajador permanente o estable.

Este menor nivel de protección significa que en casi todos los casos carecen del derecho a indemnización por cesantía, y que generalmente perciben salarios y otros beneficios laborales y de seguridad social inferiores a los que cobran los trabajadores permanentes.

En términos generales el trabajo temporario, que es una de las formas de precarización del empleo, se presenta como una forma menos rígida de contratación y, por ende, como una forma de promoción de las políticas de empleo. Se asocia a un tipo de empleo más barato y menos vinculante en tanto permite una mejor adaptación entre la demanda de trabajo y el nivel de actividad del empleador.

El Convenio Internacional N° 181, si bien reconoce el papel que las EET pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo, recuerda la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos, en tanto en muchos ordenamientos tienen un nivel de protección que puede calificarse de segunda categoría.

La normativa argentina y la colombiana tienen como rasgo común la especial preocupación por equiparar las condiciones de empleo de los temporarios con los trabajadores permanentes de las empresas usuarias.

Los dos ordenamientos distinguen a los trabajadores temporarios (eventuales en la denominación argentina, y en misión en Colombia) de los permanentes, que están regidos por las normas laborales y de seguridad social generales.

Los trabajadores temporarios en Argentina prestan sus servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual, y son considerados trabajadores permanentes con prestación discontinua de la EET.

En tanto trabajador dependiente, al temporario se le aplican las leyes sobre accidentes de trabajo, jubilaciones y pensiones, asignaciones familiares, seguro de vida, asociaciones sindicales, negociación colectiva y obras sociales. En cuanto al nivel de remuneración del temporario no podrá ser inferior a lo que corresponde por la convención colectiva de la actividad o categoría en la que efectivamente se preste el servicio contratado.

Como puede apreciarse, la equiparación del temporario con el permanente es total, ya que abarca los aspectos de derecho individual, de derecho colectivo y de la seguridad social.

Además, en tanto el temporario es considerado un trabajador permanente con prestación discontinua, se regula el período máximo de suspensión entre misión y misión (no puede superar los 60 días corridos o 120 alternados en un año aniversario), las obligaciones de las partes en caso de una nueva convocatoria y las consecuencias de los incumplimientos.

En Colombia la ley dispone que la EET es responsable de la salud ocupacional del temporario y que éste tiene derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad.

La reglamentación fortalece esta equiparación, en tanto agrega que el temporario tiene derecho a ser beneficiario de todas aquellas prerrogativas que la empresa usuaria tenga respecto de sus propios trabajadores, y a vía de ejemplo señala el transporte, alimentación y recreación. La seguridad social integral (salud, pensiones y riesgos profesionales) del temporario es responsabilidad directa de la EET.

Además la ley exige a las EET presenten para la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social un reglamento interno de trabajo que debe contener las disposiciones especiales relativas a los derechos y obligaciones de los temporarios.

La normativa colombiana también es un ejemplo de equiparación de las condiciones de trabajo del temporario a las del permanente.

En Uruguay la ausencia de una normativa específica determina que el temporario quede alcanzado por la legislación general que protege al trabajador por tiempo determinado.

La única norma que puede ser considerada particular, que crea un servicio de empleo temporal que de hecho no funciona, establece que la remuneración de los temporarios será equivalente al salario que rija en la actividad y ocupación laboral a prestarse.

Las EET de mayor trayectoria en el mercado de trabajo uruguayo aplican esta disposición y generalmente también tienen a otorgar a los temporarios los mismos beneficios laborales que perciben los permanentes de las empresas usuarias. No es posible generalizar esta afirmación, ya que ante la ausencia de regulación opera un número importante de organizaciones de menores dimensiones, que no cumplen con estas normas.

El temporario, en tanto empleado contratado por tiempo determinado, genera todos los créditos laborales salvo la indemnización por despido, y está alcanzado por todas las normas de seguridad social durante el desempeño de su misión (jubilaciones, seguro de enfermedad, asignaciones familiares y seguro contra accidentes de trabajo).

El proyecto de ley específicamente dispone que las condiciones de trabajo del temporario durante el cumplimiento de la misión no serán inferiores a las existentes para trabajos iguales en las empresas usuarias.

En este aspecto se inscribe en la línea de equiparación que ya han consagrado los otros dos países.

Se puede afirmar que es adecuado el nivel de protección jurídica de que gozan los temporarios en estos países, ya que es prácticamente la misma que tienen los trabajadores permanentes de las empresas usuarias.

Esto significa que el recurso al empleo de trabajadores temporarios a través de EET puede significar un costo aún mayor para las empresas usuarias que el que se deriva de la contratación directa de personal temporario.

El factor costo no es un obstáculo para la actividad de las EET, ya que siguen siendo un instrumento hábil para ajustar en forma rápida y eficiente el nivel de actividad de las empresas con sus requerimientos de personal. Además el servicio que prestan las EET conlleva una externalización de la administración de la mano de obra temporaria, en tanto el empleador es la EET.

Este es el rol positivo que cumplen en el mercado de trabajo las EET, ya que cubren las necesidades de empleo temporario con un adecuado nivel de protección y que en muchos casos se transforma en empleo estable.

En este sentido las legislaciones prohíben expresamente las cláusulas contractuales que limitan la libre contratación de temporarios por parte de las empresas usuarias.

7. El contralor administrativo de las EET

El contralor que la autoridad laboral (Ministerio de Trabajo) ejerce sobre este tipo de organización es especialmente estricto en el caso argentino y colombiano.

En primer lugar, en todos los países se exige algún tipo de registración ante el Ministerio de Trabajo. En Uruguay es una simple inscripción en un registro que otorga una licencia habilitante para operar. Las EET tienen la obligación de informar mensualmente a la autoridad una serie de datos referidos a su actividad, con lo que el contralor es fundamentalmente documental.

En Argentina el procedimiento es más complejo, por cuanto requiere de una gestión de habilitación que culmina con una inscripción en un registro. Se exige toda una serie de documentos relacionados con la persona jurídica de la sociedad, entre los que se destaca la obligación de caucionar una suma de dinero o valores, además de una fianza o garantía real. Es decir, que deben constituir ante el Ministerio de Trabajo dos tipos de garantías: una principal equivalente a cien sueldos básicos del personal administrativo y una accesoria a favor del Ministerio de Trabajo por una suma equivalente al triple de la principal. Estas garantías pueden constituirse en valores o títulos públicos, en avales bancarios, seguros de caución o garantías reales sobre inmuebles de la sociedad y sólo se liberan cuando las EET cesan sus actividades y acreditan que han cumplido con las normas laborales y de seguridad social.

El contralor del Ministerio de Trabajo es muy intenso, ya que puede derivar en la clausura de la EET y la suspensión de la habilitación para funcionar. El sistema incentiva el contralor de las normas a través de las empresas usuarias, al disponer que si contratan con EET no habilitada el temporario que contraten será considerado como personal permanente de la usuaria, siendo ésta además solidariamente responsable junto a la EET de las multas que puede aplicar la autoridad laboral.

Esta es una forma eficaz de asegurar el cumplimiento de las normas, ya que las mismas usuarias serán quienes exigirán a las EET que éstas se encuentren habilitadas.

El sistema genera un control cruzado de los sujetos, de la usuaria a la EET, además del Ministerio de Trabajo.

En Colombia la autorización para funcionar requiere de la acreditación de numerosa documentación relacionada con la sociedad, que deberá tener un capital social integrado igual o superior a 300 veces el salario mínimo legal vigente al momento de su constitución. Además deben constituir una garantía con una compañía de seguros a favor de los trabajadores, en una cuantía no inferior a 500 veces el salario común mensual vigente. Esta póliza que se actualiza anualmente es para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en caso de iliquidez de la EET.

El ejercicio de la actividad de servicios temporales sólo puede ser desarrollado en Colombia por EET autorizadas mediante resolución motivada de la autoridad laboral, por lo que queda prohibido a las empresas usuarias contratar temporarios a empresas que no tengan autorización.

Los contralores que ejerce el Ministerio de Trabajo sobre las actividades de las EET son muy amplios, ya que puede imponer multas por incumplimientos y hasta cancelar la autorización de funcionamiento de las EET, además de exigir la acreditación de numerosa documentación referida al cumplimiento de las normas que condicionan su funcionamiento.

Se puede calificar a estos ordenamientos como altamente intervencionistas, ya que además del contralor administrativo que ejerce la autoridad laboral exigen de las EET la constitución de una serie de garantías económicas que tienen por finalidad salvaguardar los créditos laborales de los temporarios.

Estos requisitos aumentan los costos del empleo temporal, por lo que el motivo por el cual las empresas usuarias recurren a este tipo de contratación no puede ser el de bajar sus costos. Es probable que sea la flexibilidad de contratación el principal motivo por el cual se recurre a este tipo de empleo.

El estudio comparado de estos tres ordenamientos nos permite arribar a ciertas constataciones.

A.- En el plano de la normativa internacional las autoridades laborales de los tres países juzgan inadecuada e insuficiente la regulación contenida en el CIT N° 96 sobre agencias de colocación. Han manifestado la conveniencia de la revisión de este convenio y su complementación por medio de una recomendación. Es probable que en un futuro próximo estos países ratifiquen el CIT N° 181 y adopten la recomendación N° 188, instrumentos aprobados por la Conferencia Internacional de Trabajo en junio de 1997.

B.- Las EET adquieren carta de ciudadanía legal en Argentina y Colombia, coincidentemente a comienzos de la presente década, en el marco de reformas legislativas tendientes a flexibilizar el mercado de trabajo.

En Uruguay ya operaban con anterioridad a esa fecha, sin una reglamentación específica, y en ese mismo período se presentó un proyecto de ley al parlamento que regula su funcionamiento, que aún hoy permanece sin aprobación.

C.- El funcionamiento de las EET está fuertemente controlado por la autoridad laboral (Ministerio de Trabajo). Este contralor tiene su máxima expresión en las garantías que estas organizaciones deben constituir ante las autoridades públicas competentes, con el fin de salvaguardar los créditos laborales y de seguridad social del personal temporario.

D.- El grado de protección de que goza el temporario en estos ordenamientos es adecuado. Esto determina que el trabajo temporario no puede verse en estos países como un trabajo de segunda categoría en relación al nivel de protección.

La equiparación de la situación laboral del temporario respecto del trabajador permanente de la empresa usuaria se da en el plano de los derechos individuales,

colectivos y en el ámbito de la seguridad social (especialmente en Argentina y Colombia).

E.- El campo de acción que la ley le reserva a las EET es especialmente amplio en el caso argentino y colombiano. La delimitación en ambos casos es poco precisa, por lo que pierde sentido el carácter taxativo de las distintas hipótesis que prevé la ley. A estos efectos parece más aconsejable una definición conceptual de trabajo temporario como marco de referencia para delimitar el funcionamiento de estas organizaciones. En los hechos, por la ausencia de reglamentación específica, es la solución que se aplica en Uruguay.

F.- Los sistemas se estructuran sobre la base de considerar a las EET como el empleador del temporario. En el caso argentino la protección del temporario se ve reforzada por la responsabilidad solidaria de la usuaria respecto de todas las obligaciones laborales. En Uruguay, cuando se recurre a la contratación de personal por intermedio de EET, en situaciones que escapan al concepto de empleo temporal, doctrina y jurisprudencia responsabilizan solidariamente a la empresa usuaria con la EET.

G.- El grado de protección de que goza el temporario en estos ordenamientos determina que el recurso al empleo temporal vía las EET no puede tener por objeto abatir costos. La principal razón radica en que este tipo de contratación resulta un sistema adecuado para ajustar las necesidades de personal al nivel de actividad de la usuaria.

En este sentido las EET son organizaciones que flexibilizan el mercado de trabajo, asegurando una adecuada protección al temporario.

LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN EUROPA. ORGANIZACIÓN SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Mónica Vergara del Río
Abogada
Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo

1. Introducción

Este trabajo se propone dar cuenta de la evolución y desarrollo de la relación laboral que se establece con las empresas suministradoras de empleo temporal o empresas de trabajo temporal (ETT), en el entorno europeo, donde esta forma de empleo está extendida.

La relación laboral que identificamos como objeto de análisis es la que tiene lugar cuando el empleador contrata los servicios personales de un trabajador para que sean prestados temporalmente para un tercero llamado usuario. El vínculo jurídico - laboral se establece entre el trabajador y la ETT, y la relación material de trabajo se realiza en el ámbito del usuario que, sin ser empleador, ejerce algunas de sus facultades (dirección), y adquiere también algunas de sus obligaciones.

En las economías europeas, la contratación temporal cumplió un papel como instrumento de flexibilización de las relaciones laborales, concurriendo con otras medidas flexibilizadoras adoptadas tanto por los estados como por las partes sociales. Entre estas medidas se cuentan la utilización de contratos de trabajos especiales con exenciones de cargas, las remuneraciones por productividad; los horarios

flexibles, las jubilaciones anticipadas, así como la regulación menos rigurosa de la terminación del contrato de trabajo. Otro instrumento privilegiado para lograr adaptabilidad a las fluctuaciones de un mercado cada vez más cambiante es la subcontratación de bienes y servicios, antecedente inmediato de la contratación temporal a través de una ETT.¹

Hasta la irrupción de las tendencias flexibilizadoras, el derecho del trabajo se definía exclusivamente como un contrapeso a la desigualdad económica de las partes involucradas en la relación laboral. De ahí su carácter tutelar y protector. En el nuevo escenario, pasa a compartir su carácter tutelar con otro emergente; el ser un instrumento de política de empleo. La flexibilización de las relaciones laborales, y en particular, la contratación a través de ETT, es vista por las autoridades y en ocasiones por las partes sociales como una alternativa frente el desempleo que agobia a las economías industrializadas desde hace décadas.

La legislación laboral también hoy se considera un instrumento de gestión de la empresa y de la mano de obra, o por lo menos se pretende que sea funcional a ellas. Por eso se le exige a la regulación jurídica que se adapte a las necesidades del funcionamiento de las empresas mediante la flexibilización de sus instituciones. Naturalmente nunca antes fue esta una función del derecho del trabajo.

En el proceso de institucionalización de las ETT, las primeras versiones de regulación limitaron fuertemente su campo de acción, especialmente en lo relativo a las causas que autorizaban la contratación temporal y el tiempo máximo de las misiones.

Sucesivas reformas han liberalizado progresivamente la regulación original sea extendiendo las causas que permiten contratar personal temporal, sea extendiendo los plazos máximos autorizados para concertar un contrato temporal, sea ampliando los sectores donde operan.

¹ Nos referiremos a «contratación temporal» aludiendo exclusivamente a la contratación a través de ETT. Cuando la referencia incluya cualquier forma de contratación por tiempo determinado, se especifica.

Pero paralelamente a esta liberalización progresiva, se han desarrollado mecanismos de control para la protección de los trabajadores. Dicho control, ejercido originalmente en forma exclusiva por el estado, hoy es progresivamente materia de regulación convencional.

Entre los controles estatales o impuestos por las directivas del Parlamento Europeo, destacan los que garantizan la solvencia de las deudas laborales y previsionales y la protección de la salud. Los convenios colectivos, por su parte, tienden a garantizar la equiparación salarial y de condiciones de trabajo respecto de los trabajadores de la empresa usuaria.

La implantación de las ETT ha afectado los derechos colectivos de los trabajadores involucrados en esta nueva forma de organizar el trabajo. Es en este ámbito, donde mayor dificultad encuentra la adaptación de la relación laboral que se configura entre el trabajador y la ETT a las instituciones de la organización sindical y la negociación colectiva.

El sistema de relaciones colectivas de trabajo vigente en prácticamente todos los sistemas de relaciones laborales europeos se funda preferentemente en la prestación de servicios clásica. Por ello resulta difícil concebir y articular la representación colectiva de los trabajadores de las ETT frente a su empleador; la misma ETT, si prestan servicios a una tercera empresa.

A su vez, los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria no pueden representar a aquellos trabajadores que se vinculan con la empresa a través de una ETT aunque materialmente se desempeñen todos como trabajadores de una misma empresa.

En la negociación colectiva se reproducen los mismos problemas: El ámbito de negociación de los trabajadores temporales es el de las ETT. En tales circunstancias resulta difícil regular las condiciones de trabajo de quienes se desempeñan en un ámbito distinto del de aplicación del convenio colectivo.

El procedimiento para negociar colectivamente así como el contenido de los convenios resulta inadecuado para regular estas relaciones triangulares pues están previstos para que tengan efecto en las relaciones de trabajo clásicas.

Aún así, en varios países europeos se ha consolidado la negociación colectiva en el sector de las ETT, y las partes han intentado sortear las dificultades que la triangularidad impone.

La regulación de las ETT en nuestro marco jurídico enfrenta los mismos desafíos, agravados por la rigidez de nuestro sistema de negociación colectiva y de representación sindical. En nuestro sistema de relaciones laborales la organización sindical de la empresa, es la única con iniciativa negociadora vinculante para el empresario. Como consecuencia de este "privilegio", solo el sindicato de empresa tiene capacidad real para pactar convenios o contratos colectivos. Por su parte, dichos instrumentos colectivos solo afectan a quienes participan del grupo negociador o del sindicato al momento de su suscripción.

En este escenario, los trabajadores de las ETT deberán ajustarse al restringido sistema negociador nacional que virtualmente elimina las posibilidades de contratación colectiva. Por ello, podemos adelantar sin ser audaces, que la fuente exclusiva de regulación del trabajo prestado a través de las ETT será la legal, mientras que la colectiva, si se verifica, tendrá un impacto marginal en la regulación de las relaciones laborales triangulares.

2. Las empresas de trabajo temporal en Europa

2.1. Origen y desarrollo de las ETT. La interposición y la intermediación en el contrato de trabajo

La externalización de funciones, en un primer momento se formalizó a través de contratas. En algunas de ellas, el trabajador externo se confunde con el personal de

la empresa usuaria pues ambos se desempeñaban en las mismas dependencias, trabajan con idéntica infraestructura y se encuentran sometidos al mismo poder de dirección.

Esta realidad que se ha denominado “falsa contrata” por la jurisprudencia configura un caso de **interposición** en la relación de trabajo. La interposición se verifica cuando hay tres sujetos interactuando, y en el contrato de trabajo sólo se reconocen dos. Así el trabajador presta servicios para un sujeto con quien no tiene vínculo jurídico más ejerce el poder de dirección, o parte de él. Quien se identifica formalmente como empleador y paga la remuneración, no es a quien el trabajador presta los servicios personales. Este último es un sujeto “interpuesto” entre las partes de la relación laboral que son el trabajador y el destinatario de su trabajo.

Las relaciones triangulares de interposición no estaban reguladas por las legislaciones europeas. Ante este vacío existía una cierta tolerancia administrativa y judicial. Fundada en los principios de libertad de empresa y desarrollo de una actividad económica lícita, los estados no prohibieron expresamente esta forma de contratación.

Esta figura de interposición de un empleador virtual en la relación laboral, se distingue de otra variante; la **intermediación** en el mercado de trabajo o cesión de trabajadores. En este último caso, el intermediario no establece ningún vínculo laboral ni jurídico con el trabajador limitándose a poner en contacto al oferente y demandante de trabajo y cobrando por su gestión. La relación jurídica laboral se configurará en consecuencia entre el trabajador y el empleador, sin que intervenga el intermediario en ella.

Varios países desde sus primeras versiones de leyes laborales prohibían la intermediación en el mercado de trabajo, las que todavía se mantienen.²

A su vez, algunos tribunales, -especialmente internacionales- rechazaron la figura triangular fundándose en el Convenio N° 96 de la OIT de 1949 sobre Agencias Retribuidas de Colocación que rechaza la cesión de trabajadores, y en el principio

2 La cesión de trabajadores está prohibida en Francia desde 1848.

consagrado en el Acta Constitutiva de la OIT que establece que "el trabajo no es una mercancía".³

Basados en el principio de primacía de la realidad, para estas resoluciones era indiferente que existiera o no un vínculo jurídico entre el intermediario y el trabajador, aplicando la prohibición a supuestos de interposición como si fuera una cesión de trabajadores pura y simple.

Con el tiempo, primero los tribunales y luego las legislaciones fueron admitiendo algunas formas social y económicamente convenientes o consolidadas de interposición y prohibiendo las demás.⁴

En efecto, surgió la necesidad de regular específicamente este «servicio» de provisión de mano de obra cada vez más extendido y sin regulación específica que permitiera a los estados imponerle otros límites que los que le autorizaba la legislación laboral común.⁵

La expansión del trabajo temporal en las economías industrializadas, coincide con la reorganización del modelo productivo y una grave crisis del empleo que se extiende hasta ahora. A esto se agrega, el relativo fracaso del monopolio estatal del servicio público de colocación progresivamente debilitado durante los años '90.

La legalización de las ETTs se proclamó como instrumento de flexibilización del mercado de trabajo y protector de los trabajadores tanto de las ETT como de las empresas usuarias, pues a falta de un estatuto jurídico especial se regulaban por las normas comunes que no contemplaban la triangularidad como realidad.

3 Declaración de Filadelfia. 1944.

4 En este sentido, una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4.04.67. distinguió entre colocación de trabajadores (monopolio estatal) y cesión de servicios de trabajadores a terceros que se consideró legal, fundamentado en el derecho a la libre elección de la ocupación.

5 Holanda, en 1965 fue el primer país europeo que reguló el trabajo temporal e influyó en otras legislaciones. Se sumaron leyes sobre ETT en los Países Bajos (1965); en Irlanda (1971); en Francia y Alemania (1972); Inglaterra (1973); Bélgica (1976); Portugal (1989).

Así, la legalización del trabajo temporal permitió la definición precisa de esta relación de trabajo, distinguiéndola de la subcontratación y de la cesión de trabajadores. Asimismo, permitió armonizar las legislaciones nacionales con la legislación internacional que prohíbe la cesión de trabajadores, especificando sus diferencias.

Finalmente, en 1997, la OIT adoptó un Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas que incorpora a la regulación internacional los servicios prestados a través de ETTs.⁶

La negociación colectiva también tuvo importancia en la regulación de las ETT, porque las partes sociales se anticiparon al estado al regular ciertos aspectos de la relación laboral triangular en los contenidos de los convenios colectivos, regulaciones que fueron recogidas luego por la ley. Fue primero la negociación colectiva en el ámbito de las empresas usuarias, la que impuso prohibiciones a la contratación temporal. En otras ocasiones reguló su funcionamiento en el respectivo sector productivo.

La regulación del trabajo temporal se distingue del régimen común de contratación laboral por que el empleador está definido por las partes en el contrato y no por quien se beneficia de la prestación de los servicios.

Existe además una indeterminación del lugar y de las condiciones de trabajo que serán definidas según el trabajador sea destinado a una u otra misión. Por último, serán objeto de la tutela de los tribunales y de los órganos fiscalizadores del estado, tanto la relación entre trabajador y ETT, entre el trabajador y la empresa usuaria, así como las relaciones entre la ETT y la empresa usuaria en cuanto inciden en la relación laboral.

2.2. La política de la Unión Europea

La política comunitaria sobre empleo temporal incide directamente en las propias de cada estado miembro, por lo que es importante conocer su desarrollo y estado actual.

⁶ Convenio N° 181 que modifica al N° 96 de 1949.

En 1974, por Resolución del Consejo de Ministros, se aprobó el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad Europea (CE). Uno de sus objetivos fue:

«... proteger a los trabajadores contratados a través de ETT y controlar la actividad de las empresas para eliminar de ellas los abusos».

Se prevé además la movilidad generalizada de trabajadores por la Europa comunitaria lo que exige armonizar las legislaciones nacionales.

En 1980, un estudio encargado por la CE sobre el tema, sugiere la adopción de las siguientes medidas:

- Determinar la actividad económica que se puede calificar como temporal; para así establecer límites causales a su uso.
- Determinar quiénes pueden desarrollar esta actividad y en qué condiciones; para garantizar la seriedad y solvencia de las empresas que se dediquen a esta actividad.
- Desarrollar una política de protección especial; distinta de la aplicación de las normas laborales comunes.
- Reforzar la inspección de esta actividad por el Estado; manteniendo un estricto control sobre las empresas que desarrollan esta actividad y sobre las relaciones laborales a que dan lugar.

En 1984 el Parlamento Europeo analiza una proposición de directiva sobre trabajo temporal que contiene su política sobre el particular. Son objetivos de esta proposición de Directiva:

- Asegurar, en lo posible, la igualdad de condiciones de trabajo entre los trabajadores temporales y los permanentes.
- Evitar la mala utilización del trabajo temporal, para proteger a los trabajadores estables. A ello contribuye la definición de los supuestos causales del trabajo temporal y la definición de plazos máximos.
- Asegurar que la actividad sea desarrollada por empresas responsables y serias, para lo cual se exigen garantías y se establecen registros públicos.

El contenido de la propuesta era detallado, extenso y restrictivo y contenía una valoración negativa del trabajo temporal. Aunque este primer intento de regulación

a nivel comunitario nunca resultó aprobado, sirvió de referencia para las legislaciones nacionales que autorizaban el trabajo temporal y avaló su legalización en aquellos que lo prohibían o que no lo habían legalizado.

En los '90 se perfila más claramente la política social de la CE desde la aprobación de la «Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores».⁷

Allí se aborda el trabajo temporal como una de las nuevas formas de trabajo. También se reconoce la necesidad de protección de los trabajadores ante el aumento considerable de las formas atípicas de contratación. El riesgo de dumping social o distorsiones en la competencia que ello puede significar son objeto prioritario de la política comunitaria.

Es también en los '90 cuando la UE, abandona el escepticismo inicial frente a las formas «atípicas» de contratación y las considera necesarias para enfrentar los cambios en la producción, así como desde el punto de vista de algunos trabajadores.⁸

7 1998

8 El informe Papandreu, encargado por la Comisión de Asuntos Sociales de la Unión, dio origen a una nueva propuesta de regulación por parte del Parlamento Europeo, propuesta que en los párrafos más pertinentes de su exposición de motivos señala:

«Durante estos últimos años, bajo la influencia simultánea de un incremento de la competencia en el ámbito internacional, de innovaciones en el ámbito tecnológico cada vez más rápidas, de las mutaciones profundas efectuadas en la organización de la producción a las que se añaden, con frecuencia, modificaciones de las aspiraciones y de las necesidades individuales de los trabajadores, las relaciones de trabajo han sufrido una profunda transformación así como una gran diversificación en los países de la Comunidad. Uno de los efectos de este fenómeno, ha sido, en particular, el rápido incremento de determinadas relaciones laborales que se caracterizan por ser de duración determinada o porque las prestaciones se efectúan a tiempo parcial. La creciente importancia de estas formas particulares de relaciones laborales se explica, en efecto, por el hecho de que responden a necesidades reales de las empresas las cuales necesitan una mayor flexibilidad en la utilización de su mano de obra con objeto de adaptarse mejor y responder con mayor eficacia a la intensificación de la competencia internacional y poder diversificar mejor sus respuestas en función de la evolución de la demanda en el mercado. Además, estas distintas formas de relaciones laborales parecen corresponder mejor a las aspiraciones y a las necesidades individuales y familiares de algunos trabajadores. En otros términos, estas relaciones laborales representan a la vez uno de los medios para la plena utilización de las capacidades productivas y, en un gran número de casos, pueden representar asimismo una alternativa al desempleo para los trabajadores así como una respuesta adaptada a las distintas situaciones familiares.»

En efecto, a diferencia de la década de los '80 en la que la CE abordó el tema de la contratación vía ETT como una realidad particular respecto de la cual no era especialmente favorable, a partir de los '90 se incluye esta forma de prestación de servicios dentro de una denominación más genérica como son las formas de trabajo «atípicas» y con una mejor valoración de las mismas.

Así, la Comisión propuso una regulación común aplicable a todos estos contratos atípicos, regulación que se expresó en tres propuestas de Directivas:⁹

- 1a- sobre distorsiones a la competencia.¹⁰
- 2a- sobre condiciones de trabajo.¹¹
- 3a - sobre salud y seguridad en el trabajo.¹²

Sólo esta última propuesta se convirtió en directiva. Es el único cuerpo normativo comunitario sobre la materia hasta ahora vigente y aporta una definición de la contratación a través de una ETT que tipifica como «...*Toda relación laboral entre*

9 Comisión de las Comunidades Europeas. Com. (90) 228 final - SYN 280 y SYN 281, Bruselas, 1990

10 Pretende eliminar distorsiones a la competencia producidas por la diferencia de costes sociales de las distintas legislaciones nacionales como consecuencia de la regulación y práctica de las ETT «... en particular en lo que respecta a los regímenes de seguridad social y a los costes relacionados con la antigüedad y el despido.» Y agrega, «...un país que puede producir con unos costes de trabajo inferiores a los de los demás países ... (como consecuencia)... de unos mercados de trabajo fraccionados en los que se practican precios distintos por el mismo tipo de trabajo, exclusivamente atribuibles a las distintas normas aplicables en los diversos tipos de relaciones laborales, goza de una ventaja comparativa que no se puede considerar duradera y que es contraria a los intereses comunes.

Estas distorsiones de la competencia,... también se producen dentro de algunos Estados miembros en el caso de las empresas que utilizan en mayor o menor grado las modalidades de contrato económicamente más ventajosas para ellas. ... las empresas tienen la posibilidad de utilizar trabajadores cuyos costos difieran para el mismo trabajo, posibilidad que no se da para las empresas de otro Estado miembro, enfrentado a una normativa que les impone condiciones más homogéneas entre los distintos tipos de contrato.»

11 Tiene por fundamento evitar el aumento y la precarización del mercado de trabajo por la vía de acercar las condiciones de trabajo de estos trabajadores a los permanentes, por ejemplo, «... en materia de acceso a la formación y a los servicios sociales».

12 Directiva del Consejo por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. N°91/383/CEE. Es complementaria de la Directiva Marco sobre el tema de salud y seguridad en el Trabajo de la UE y enfatiza más esos aspectos que la naturaleza y expresiones del trabajo temporal. N° 89/391/CEE.

una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o establecimiento usuarios.»

Es de destacar, que la adopción de este texto se funda en la constatación de que los trabajadores por él protegidos registraban mayores niveles de siniestralidad en el trabajo sea por accidentes o por enfermedades profesionales.¹³ En Francia en 1986 la frecuencia de accidentes entre trabajadores de ETT fue de 12,1% ante un índice general del 5,2%. En Alemania esta frecuencia es entre 1,5 y 4 veces superior entre los trabajadores de ETT y se atribuye a la inexperiencia del trabajador y a su falta de integración al lugar de trabajo. Estos antecedentes coinciden además con la externalización que hacen las empresas de las labores más peligrosas, lo que motivó en varios países que se prohibiera la contratación a través de ETT en varios sectores productivos como construcción, puertos y minería principalmente. En Francia se prohíbe genéricamente el trabajo temporal en faenas peligrosas y en España la empresa usuaria es directamente responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo. A lo anterior se agrega que es en materia de salud y seguridad en el trabajo donde más difuso se hace el límite de la responsabilidad de las empresas que intervienen en la relación triangular de trabajo.

Así como entre los '80 y los '90 se advierte un claro cambio en la percepción del órgano comunitario sobre las ETT, en las legislaciones nacionales europeas se registra el mismo fenómeno. Es en los '90 en que Italia y España, los últimos del entorno comunitario, vencen su resistencia a contemplar esta relación laboral atípica dentro de su elenco de contratos de trabajo, y la incorporan a su legislación.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta consolidada realidad. El Tribunal advierte que por los riesgos y particularidades de esta forma de trabajo, los estados deben regularla especialmente, sobre todo para que se le impongan las limitaciones que en cada caso procedan.

13 Comisión de las Comunidades Europeas. Com. (90) 228 final - SYN 280 y SYN 281, pgs. 34 a 36, Bruselas, 1990.

Así, el Tribunal ha sentenciado que, cuando la prestación de servicios de una empresa de otro estado de la Unión, sea la colocación de personal o la contratación de trabajadores, los estados receptores están facultados para exigir el cumplimiento de las normas nacionales sobre la materia, en particular, para hacer valer las limitaciones que en la legislación nacional se imponen a las empresas nativas. Ello, no obstante la vigencia del principio de libertad de circulación empresarial entre los países europeos, libertad que incluye el desplazamiento de los trabajadores necesarios para la prestación de sus servicios.

2.3. Legislación Europea

Durante la década de los '90, las economías europeas registran un relativo crecimiento económico pero no se despeja el fantasma de desempleo que afecta preferentemente a jóvenes, a mujeres y a trabajadores de baja calificación, a lo que se suma un paro de larga duración. Se habla de un fin del pleno empleo y de un cambio estructural en el mercado de trabajo.¹⁴

Luego de las reformas de las últimas dos décadas de las legislaciones europeas, éstas cuentan con un repertorio más o menos amplio de contratos y condiciones de trabajo que permiten a las partes optar por aquellas que más se adapten a sus necesidades a través de la negociación colectiva. Especial importancia tienen todas las formas que autorizan acondicionar el tiempo de trabajo (por ejemplo la facultad

14 Indicadores de desempleo				
País	1989	1994	1996	1997
FRANCIA	9.6	12.7	12.4	S/d
ALEMANIA	5.7	8.7	8.8	11.4
GRECIA	7.5	8.9	9.7	10.4
ITALIA	11.1	11.3	12.2	12.3
PORTUGAL	5.2	6.7	7.3	6.7
ESPAÑA	17.3	24.3	22.2	20.8
SUECIA	S/d	S/d	9.5	9.1
INGLATERRA	7.4	9.7	8.2	5.1

Fuente: Eurostat y estadísticas nacionales.

de anualizar la jornada), o modificar el lugar de la prestación y la función (movilidad geográfica y profesional).

A pesar de ello, el contrato de plazo indefinido y por tiempo completo, prevalece en todas las legislaciones como la fórmula general, aunque progresivamente vaya perdiendo espacios frente a formas especiales de contratación como es la temporal.¹⁵

Con algunas particularidades, las regulaciones de las legislaciones europeas, salvo Inglaterra, son bastante homogéneas.¹⁶ Esta homogeneidad resulta de la aplicación del «modelo social europeo», reestimulado por la perspectiva comunitaria que exige la armonización de las distintas legislaciones nacionales.

Si bien prácticamente todos los estados comunitarios legislaron sobre el trabajo temporal, la regulación aplicable es también de origen convencional. Es más, como ya adelantamos, la negociación colectiva fue precursora en la regulación del funcionamiento del trabajo temporal a través de ETT.

Los salarios de los trabajadores de las ETTs

El principio de igualdad y no discriminación consagrado en las constituciones de los países europeos y en varias legislaciones laborales nacionales tiene su expresión en la aplicación del principio de igual remuneración por igual trabajo. En cuanto al costo directo en remuneraciones, Bélgica, Francia, los Países Bajos y Portugal

15 Trabajo temporal (en todas sus versiones) sobre el empleo total de hombres y mujeres. Año 1996.

DINAMARCA	13.0	11.0	LUXEMBURGO	3.0	2.5
FINLANDIA	14.0	13.0	HOLANDA	16.5	9.0
FRANCIA	12.0	12.0	NORUEGA	15.0	12.0
ALEMANIA	12.0	12.0	PORTUGAL	12.0	10.5
GRECIA	13.0	11.0	ESPAÑA	37.0	33.0
IRLANDA	13.0	7.0	SUECIA	13.5	0.5
ITALIA	8.0	7.0	INGLATERRA	8.0	7.0

Fuente: The European Commission's 1997 Employment in Europe report. Informe sobre el Trabajo en Europa 1997 (Comisión Europea).

16 El sistema anglosajón del Common Law establece una regulación laboral común entre ETT y trabajador y una regulación civil o comercial de la relación entre las empresas intervinientes.

garantizan igualdad de condiciones de trabajo y remuneración a los trabajadores de las ETT y a los de la usuaria. Dinamarca, Alemania y Luxemburgo garantizan esta igualdad entre trabajadores similares de la ETT. Por aplicación de este principio parte de la jurisprudencia ha declarado la obligación de igualdad de trato entre trabajadores permanentes y temporales. Algunos convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias también colaboraron en configurar esta igualdad en la medida que exigen la extensión de las condiciones de trabajo y remuneración para los trabajadores externos con el objetivo de evitar una presión hacia la baja de las condiciones de los trabajadores permanentes. Asimismo, hay legislaciones que contemplan la aplicación del convenio de la empresa usuaria a los trabajadores de las ETT, a falta de convenio propio aplicable a la ETT, o la extensión de los beneficios sociales de la empresa usuaria a los trabajadores temporales. En España, por ejemplo, los trabajadores de las ETTs tienen garantizado por ley el derecho a utilizar el transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria.

La autorización de funcionamiento de las ETT

Las leyes reguladoras del trabajo temporal, imponen requisitos al funcionamiento de las ETT como es la autorización administrativa previa. Para ello se exigen garantías para circunscribir el mercado a empresas serias y solventes como son condiciones mínimas de funcionamiento, un capital mínimo o un giro exclusivo.

Las limitaciones a la contratación temporal

Otra constante del modelo europeo de regulación de las ETT es el carácter excepcional de esta modalidad de contratación. Así, en la mayoría de las legislaciones se exige que el contrato sea causado en determinados supuestos que justifican el recurso a trabajo temporal. En consecuencia no hay libertad de contratación de los servicios de una ETT si no concurren ciertas razones que justifiquen la necesidad de ello. Las causas más comunes son los servicios de obra o faena determinados, los trabajos eventuales relacionados con aumentos de la demanda u otras circunstancias del mercado, la necesidad de proveer vacantes o reemplazos, etc. Algunas

legislaciones prohíben genéricamente la contratación temporal para cubrir puestos de trabajo relacionados con el giro de la empresa usuaria (Francia).

También las leyes sobre ETT de los países europeos imponen límites temporales a estos contratos.¹⁷ Así los trabajadores no pueden desarrollar misiones que duren más que el máximo legal o que aquél convenido colectivamente si fuere menor.

La formalización del contrato

Esta especial forma de contratación es en el modelo europeo necesariamente solemne, al contrario del contrato laboral común que es consensual. Los distintos grados de formalidades del contrato de trabajo (y del civil o mercantil entre ambas empresas involucradas) tienen por objetivo mantener el control del sistema tanto por parte de las autoridades como de los mismos trabajadores y sus representantes.

El derecho a información de los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias

No es menor la importancia que las legislaciones europeas reconocen la obligación de información de los órganos de representación de los trabajadores de la empresa usuaria. En efecto, las legislaciones nacionales consagran el derecho de los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias a ser informados de todas y cada una de las contrataciones que el empresario haga a través de una ETT, y de su calidad (número de trabajadores, puesto de trabajo que ocuparán, etc.)

Indemnización por el término del contrato temporal

Algunas legislaciones (Francia y España) establecen un derecho a indemnización para los trabajadores temporales al término de cada misión por concepto de precariedad. En la legislación española esta indemnización asciende a 12 días por año trabajado, y en la francesa a un porcentaje del salario.

¹⁷ Salvo Alemania que exige un contrato de plazo indefinido entre la ETT y sus trabajadores lo que conlleva el pago de períodos de espera entre misión y misión.

En general todas las legislaciones prohíben limitar de cualquier forma la contratación permanente del personal de ETT por la usuaria.

Las sanciones

La infracción de la normativa aplicable a las ETT contempla multas y la caducidad de los registros y autorizaciones de funcionamiento de éstas en casos graves.

En el ámbito contractual, varias legislaciones contemplan la transformación de la relación de trabajo de temporal en permanente, cuando el contrato temporal se aparta de los supuestos o plazos que la ley autoriza. La legislación española permite en estos casos al trabajador de la ETT definir si mantiene tal vínculo con la ETT o con la empresa usuaria.

Ahora que el espacio europeo ya cuenta con instrumentos legales de origen estatal para regular el funcionamiento de las ETT, la negociación colectiva ha vuelto a su cauce normal de incorporar regulaciones complementarias a las legales. En varios países cuentan con convenios colectivos nacionales de las ETT los que han sido negociados por las respectivas centrales sindicales, con las correspondientes organizaciones de empleadores.

Asimismo, trabajadores y empleadores de las empresas usuarias de los servicios de las ETT, regulan por convenio colectivo sectorial el ámbito de acción de las ETT en sus respectivos sectores, como podremos analizar luego.

3. La organización sindical y la negociación colectiva

3.1. La organización sindical

La política sindical y las ETTs

Durante los últimos años se ha registrado un descenso en los niveles de afiliación sindical de los trabajadores en casi todo el mundo y también en Europa. Una de las causas a las que se puede atribuir este descenso es la segmentación que ha sufrido el mercado de trabajo.

Esta segmentación es producto de las condiciones de precariedad en que se incorporan miles de personas al trabajo, lo que permite identificar dos tipos de relaciones laborales. En una de ellas los trabajadores mantienen relaciones de trabajo estables (contratos indefinidos por jornadas completas, con una fuerte protección frente al despido), mientras que en la otra los trabajadores son sujetos de relaciones laborales precarias, porque están contratados mediante formas «atípicas», temporales, de jornada parcial y muy vulnerables a la cesantía. Es en este último espacio donde, en la mayoría de los países europeos, se ubica el trabajo prestado a través de ETTs. Es también allí donde la sindicalización es más débil.

La propia naturaleza de las funciones que cumplen los trabajadores de la ETT; (en un lugar distinto del de la empleadora y con alta rotación de misiones), impide que se desarrolle la identidad necesaria para organizarse sindicalmente lo que atenta contra la asociatividad de los trabajadores.

La función de representación que cumple el sindicato frente al empleador pierde gran parte de su contenido en el caso de los trabajadores de las ETT ya que su empleador no coincide con quién recibe la prestación de sus servicios.

El sistema sindical europeo permite, sin embargo, la representación de los intereses de los trabajadores como clase, además de los intereses particulares de cada gremio. Contribuye a esta política una adecuada estructura sindical, que en

cada país contempla grandes centrales sindicales con representación de los sectores productivos, que negocian colectivamente y desarrollan la actividad sindical a nivel nacional y sectorial.

El reconocimiento constitucional del derecho a sindicación, la vigencia de los Convenios de la OIT sobre la materia ¹⁸ y la práctica política han identificado a los sindicatos como un actor social de primer orden que interactúa no sólo con las organizaciones empresariales sino también con el poder central definiendo políticas de empleo, entre otras.

Ya adelantamos que el recurso a la contratación temporal ha sido utilizado como un instrumento de política de empleo por los gobiernos, que con ello pretenden disminuir el desempleo. En estas decisiones está involucrada la opinión de los sindicatos y van acompañadas de otras medidas destinadas a evitar la precarización generalizada del mercado laboral. Entre estas otras medidas que acompañan la flexibilización de la relación laboral admitiendo la regulación del trabajo temporal o extendiendo su campo de acción, se cuentan leyes y políticas públicas que fomentan la contratación permanente. Se incluyen dentro de estas políticas los contratos de fomento de la contratación indefinida que contemplan subsidios, exenciones o rebajas en las cotizaciones, entre otros incentivos.

La «legislación pactada», es una expresión de la calidad de interlocutor que tiene la organización sindical en Europa. A través de ella, las normas legales tienen su origen en la negociación entre los representantes de los trabajadores y los empleadores y eventualmente participan también los gobiernos. Alcanzados los consensos el parlamento ratifica dichos acuerdos transformándolos en ley. Este escenario nos ilustra acerca de la significación que tiene el movimiento sindical en los países europeos, incluso en los últimos años en los que ha perdido fuerza.

Así, los sindicatos contemplan en sus reivindicaciones las demandas tanto de los trabajadores estables como las de los trabajadores «precarios» y de los

18 Convenios 87 y 98.

desempleados y dirigen su política hacia el Estado para evitar la proliferación de los contratos precarios que atenten contra el empleo estable.

A su vez, los sindicatos representan a los trabajadores de las ETTs ante sus empleadores y ante las empresas usuarias, negociando convenios colectivos que tiendan a la equiparación de las condiciones de trabajo entre los trabajadores temporales y los permanentes.

La actitud de los sindicatos europeos frente al surgimiento de esta forma de relación triangular de trabajo fue en un principio de abierto rechazo, sobre todo en aquellos países en los que se identificaba este contrato con la precarización de la relación laboral. Los trabajadores organizados veían en esta nueva forma de contratación, y no sin razón, una amenaza al empleo estable. Sin embargo, ante la realidad que se imponía por la vía de los hechos y con el afán de ponerle límites y controles terminaron por aceptar su legalización.

Hasta los años '80 los sindicatos franceses estaban por la prohibición general del trabajo a través de ETTs. Finalmente la posición sindical, se decantó por convenir con las asociaciones patronales las condiciones contractuales y de trabajo de los trabajadores de las ETT, así como su representación sindical.¹⁹

En España la subcontratación y el abuso de la contratación temporal directa produjeron un desplazamiento de trabajadores permanentes que fueron reemplazados por temporales, lo que dio lugar a la creación de un mercado de trabajo secundario, menos protegido y más vulnerable a la cesantía. Sólo en 1994 se legisló específicamente sobre las ETTs lo que permitió armonizar su legislación con la del resto de los países de la Unión Europea.²⁰

19 Esta política sindical es liderada por la CFDT. La CGT siempre se opuso.

20 Como dice el preámbulo de la ley española sobre ETT «... la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales... nos permitirá converger realmente con Europa...»

En Italia las altas tasas de desempleo, contribuyeron a convencer a los sindicatos de la necesidad de incorporar formas atípicas de contratación venciendo así su hostilidad tradicional hacia esas modalidades contractuales. En 1983 - 84 los acuerdos tripartitos revelaban la decisión de reregular el mercado de trabajo. La reforma de 1987 introdujo varias instituciones flexibilizadoras y remitió regulaciones a la negociación colectiva, pero aún no se hablaba de empresas de trabajo temporal. Finalmente sólo en 1997 se regularon las ETTs.

La representación de los trabajadores de la ETT ante la empresa usuaria

Como consecuencia de la definición legal de empleador que identifica como tal a la ETT, la función de representación en el trabajo de los trabajadores de las ETT se hace particularmente difícil. Tal función le corresponde a los representantes de los trabajadores de la ETT y se dirige hacia estas últimas. No existe representación de los trabajadores temporales por parte de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria y hacia éstas, en las que prestan servicios.

Aún así, hay algunas excepciones que autorizan intervenir en el ámbito de la empresa usuaria en materia sindical. Por ejemplo, invariablemente las legislaciones incorporan la prohibición de las empresas usuarias de contratar a trabajadores de ETTs, cuando éstas se encuentren afectadas por una huelga.

En el ámbito de la empresa usuaria, donde tiene lugar la prestación de los servicios y se organiza y dirige el trabajo, se configuran relaciones entre el trabajador y la empresa usuaria: cómo trabajar, de qué forma y en cuáles condiciones. Cuestiones tales como si las instrucciones se ajustan a las recibidas por el trabajador por parte de la ETT; si se respetan las condiciones de trabajo contempladas previamente; si el trabajador tiene o no derecho a determinadas prestaciones por parte de la empresa usuaria, dan lugar a una serie de cuestiones que, en estricto rigor, deben dirigirse hacia la ETT. Sin embargo, esta aparece como totalmente ajena a la realidad específica en que se ve envuelto el trabajador y su intervención será por lo tanto desinformada y generalmente inoportuna.

Por ello, algunas legislaciones contemplan que los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias canalicen los reclamos de los trabajadores de las ETT hacia la usuaria. En el caso español el art. 17 de la ley sobre ETT 14/94 dispone: *«Los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.»*

Así, los trabajadores temporales no participan de la actividad sindical en la empresa usuaria, salvo en la dimensión de canal de comunicación que señalamos. Tampoco les es aplicable el convenio colectivo de la empresa usuaria, pues la ley española dispone que el convenio colectivo de la empresa usuaria se aplica a los trabajadores de ETT siempre que no exista un convenio específico del sector de las ETT, que sí existe.

Por otro lado, la contratación de trabajadores temporales lleva aparejados efectos antisindicales en el ámbito de la empresa usuaria. En efecto la representación sindical de la empresa usuaria puede verse desvirtuada por el desempeño en esta de trabajadores de una ETT. Ello ocurre porque para determinar la representatividad de uno u otro sindicato en la empresa usuaria se atenderá a la afiliación sindical de los trabajadores con contrato con esta, excluyéndose los puestos a disposición por la ETT.

En otros aspectos distintos de la representatividad sindical, y para evitar distorsiones, sí se consideran los trabajadores de ETT para definir mayorías o quórum en la empresa usuaria. Así por ejemplo, los trabajadores de ETT asignados a empresas usuarias son computados para determinar algunas obligaciones de estas últimas que sólo se establecen respecto de aquellas que cuenten con un determinado número de trabajadores, como por ejemplo ciertas obligaciones de formación de los trabajadores. Asimismo las legislaciones que imponen limitaciones al despido colectivo incluyen en el cómputo de la dotación de la empresa usuaria a los trabajadores contratados vía ETT.

3.2. *La negociación colectiva*

La negociación colectiva en el modelo europeo se basa en la estructura sindical. Así, los convenios colectivos son negociados exclusivamente por los sindicatos y tienen aplicación en su respectivo ámbito; nacional y sectorial.

Los sindicatos más representativos son los que tienen la facultad legal para negociar los convenios colectivos de eficacia general. Esto último implica que los convenios colectivos por ellos acordados se aplican imperativamente a todos los empleadores y trabajadores que se desempeñen en el respectivo ámbito, independientemente de su afiliación a la organización patronal o sindical que lo negocie.

Además, el convenio colectivo en el modelo europeo tiene un valor normativo, es decir, su eficacia jurídica es comparable con la de la ley. En nuestro sistema contractual el contrato o convenio colectivo sólo obliga a las partes que directamente participaron en su celebración y su contenido tiene el valor jurídico de un contrato y no el de una norma jurídica.

En el sistema europeo de relaciones colectivas del trabajo, se identifica claramente un sistema articulado de negociación colectiva que se estructura desde el nivel central hasta el nivel de la empresa. En el nivel superior de la estructura, ya señalábamos, las centrales sindicales definen las políticas generales relativas al empleo, la formación, etc. El nivel sectorial (y en algunos casos regional), es el espacio privilegiado para negociar las condiciones de trabajo y remuneración. En el ámbito de la empresa se puede complementar el convenio colectivo del sector adaptando su contenido a su especial realidad. Esta negociación da lugar a los "acuerdos de empresa".

Durante los últimos años, y producto de la tendencia flexibilizadora que también afecta a los países industrializados, estos acuerdos de empresas han adquirido cada vez más relevancia, pues la ley laboral y los convenios sectoriales le han permitido a los acuerdos de empresa, regular aspectos de la relación laboral que antes eran exclusivas de la negociación sectorial o de la ley. Aún así, los acuerdos de empresa tienen un impacto muy limitado en relación con la negociación sectorial, que es el

instrumento más importante de regulación autónoma de las relaciones laborales en Europa.

Así por ejemplo, existen convenios colectivos sectoriales de las ETT, en Francia, Alemania y España. En ellos se regulan las relaciones entre ETT y los trabajadores así como también algunos aspectos de las relaciones entre ETT y empresa usuaria e incluso entre el trabajador y la empresa usuaria.

En relación con las materias de negociación colectiva no existen restricciones legales, salvo naturalmente, las que imponen las normas mínimas y los derechos irrenunciables.

La primera regulación a través de la negociación colectiva data de 1969 y se trata del convenio colectivo entre Manpower - Francia con CGT. A este le suceden una serie de convenios colectivos suscritos en 1970 en Dinamarca, Alemania, Bélgica y Países Bajos.

Las condiciones de trabajo

La regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las ETTs se encuentra limitada, por no decir que se ha vaciado de contenido, tanto por la imprecisión de las mismas como por las condiciones del contrato entre las dos empresas intervinientes. Así, las materias relativas al tiempo de trabajo (jornadas, horarios, etc.), al lugar de trabajo y otras reguladas en el convenio colectivo de las ETT pueden contradecirse con las aplicables en la empresa usuaria. En todo caso, es evidente que la regulación convencional de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las ETT debe ser lo suficientemente flexible para que pueda armonizarse con la organización del trabajo de la empresa usuaria.

Es inevitable que los convenios colectivos de las ETT aborden aspectos de la prestación de los servicios que implican invadir la esfera de competencia de la empresa usuaria. De esta forma, si bien la empresa usuaria tiene la facultad de dirigir y organizar el trabajo dentro de su ámbito, puede ver restringida esta facultad por los

límites al ejercicio del poder de dirección y al *ius variandi* impuestos por el convenio colectivo de las ETTs, aunque tal convenio colectivo no le sea aplicable.

A modo de ejemplo, el II Convenio Colectivo de ETT vigente en España regula el cambio de funciones y el cambio en el lugar de trabajo. La jornada de trabajo se pactó en términos anuales y el horario y distribución del tiempo de trabajo se ajusta a lo aplicable en la empresa usuaria.

En el caso español, la empresa usuaria deberá tener en cuenta el convenio colectivo de las ETT para los efectos de ejercer su poder de dirección en lo relativo a cambio de funciones y lugar de trabajo, respecto del personal temporal que le provea una ETT.

En materia de tiempo de trabajo, en cambio, la regulación del convenio colectivo derivó el horario y distribución de la jornada a las condiciones vigentes en la empresa usuaria, imponiendo sólo un tope máximo anual que esta última deberá respetar junto, naturalmente, con las regulaciones legales imperativas.

La remuneración

Ya adelantamos que en las constituciones europeas, o en sus legislaciones laborales, se consagra con mayor o menor énfasis, el principio de igualdad remuneración por igual trabajo. En los países donde la aplicación de este principio es más estricta, se ha evitado la proliferación de contratos temporales que tienen por único objetivo disminuir el costo del trabajo.

Es por ello que en materia remuneracional, muchos trabajadores de ETT tienen garantizado que el trabajo al que son asignados, se remunerará de acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria para otros trabajadores de su mismo tipo y calificación, contratados permanentemente. Ello no quiere decir que en muchos casos no sean objeto de diferencias salariales en relación con los trabajadores permanentes de la empresa usuaria cuyas remuneraciones se empujan por encima de lo establecido por el convenio del sector

ya que sus salarios son complementados por diferentes conceptos (antigüedad, especialización, responsabilidad, etc.) que no son necesariamente aplicables a los trabajadores de ETT.

A modo de ejemplo, el II Convenio Colectivo de las ETT de España, acordado en 1997, inicia un proceso de convergencia de las condiciones laborales y especialmente salariales de los trabajadores de las ETT respecto de las mismas condiciones de los trabajadores de las empresas usuarias. Este proceso, que está previsto se haya terminado en el año 2000, tiene por objetivo evitar la desigualdad remuneracional que existe entre los trabajadores de planta de la empresa usuaria y aquellos contratados a través de ETT y que cumplen las mismas funciones.

Es de observar que este proceso llamado «de convergencia salarial», fue precedido de otro análogo, que tuvo lugar en los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias. Estos convenios, contemplaron requisitos para la contratación de trabajadores por las ETT, y uno de ellos era el que exigía igualdad de condiciones en su contratación.

Los convenios colectivos aplicables a la empresa usuaria. Negociación de materias relativas a los trabajadores de las ETT

La consideración de las ETT como sector, sujeto facultado para concordar convenios colectivos como de hecho ocurre, conlleva el riesgo de colisionar con los convenios aplicables en las empresas usuarias en la medida que como vimos, estos también regulan la contratación de trabajadores por intermedio de las ETT.

En principio, el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria no puede definir directamente el contenido del contrato de trabajo de las ETT con sus trabajadores puesto que tal relación está fuera de su ámbito de aplicación. Sin embargo, las usuarias pueden, a través de la negociación colectiva, regular el contenido de los contratos entre la empresa usuaria y la ETT, y por la íntima relación que existe entre estos y el contrato de trabajo, condicionar y dirigir la contratación de la ETT hasta en sus detalles.

Así, en muchos convenios colectivos aplicables a empresas usuarias se ha prohibido o limitado la contratación temporal en el respectivo sector productivo, o en la respectiva empresa.

El Estatuto de los Trabajadores español permite a la negociación colectiva precisar las circunstancias en que es posible recurrir a la contratación temporal por obra o servicio determinado al señalar: *"Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza."*

Así por ejemplo, el convenio colectivo de transporte de ambulancia de Sevilla, establece la prohibición de contratar a través de ETT para realizar una obra o faena determinada.²¹ También se condiciona la contratación a través de ETT al acuerdo previo de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria.

Otros convenios colectivos prohíben la contratación temporal a través de ETT para ocupar puestos que se han dejado vacantes por trabajadores temporales contratados directamente por la empresa usuaria.

Asimismo los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias contienen regulaciones relativas a las condiciones de contratación y desempeño de los trabajadores de las ETT. En ellos se puede restringir la duración máxima de la misión, o el número de trabajadores que la empresa puede contratar, o la calidad, calificación y requisitos de los mismos.

De esta forma y en alguna medida, el régimen de contratación de los trabajadores de las ETT está regulado por un convenio colectivo que está fuera de su ámbito de aplicación pero dentro del de la empresa usuaria que va a requerir sus servicios.

21 BON 17.01.96

3.3. *Observaciones finales*

Lo que Europa se denomina «sindicato» dista mucho de la organización sindical descrita en nuestra legislación. El sindicato europeo no se estructura en la empresa sino en el nivel central. En la empresa europea existen representaciones de los sindicatos nacionales a través de los comités de empresa, consejos de empresa, representantes de los trabajadores u otras denominaciones según el país de que se trate.

Este divorcio entre nuestra regulación colectiva de las relaciones laborales y la de los países industrializados es probablemente el escollo más importante que enfrentará cualquier iniciativa de regulación de las ETT. En efecto, en las legislaciones europeas como en la nuestra, en materia de relaciones individuales de trabajo se reconocen las mismas instituciones, con similar regulación.

La gran diferencia entre ambos sistemas se encuentra en el papel que cumple la organización sindical y la negociación colectiva en el diálogo social y en la regulación de las condiciones de trabajo.

A pesar que el objetivo de este estudio no pretende más que describir a grandes rasgos el funcionamiento del trabajo temporal en Europa, aparecen con evidencia las limitaciones de la realidad chilena para enfrentar este fenómeno. Nuestra legislación no otorga a los organismos sindicales centrales la representación de los trabajadores en la negociación colectiva; ni de sus intereses generales, ni de sus demandas sectoriales.

De regularse el trabajo temporal en nuestro país, los trabajadores de las ETT difícilmente, podrán organizarse sindicalmente en torno a éstas, y la organización superior o distinta a la de empresa tiene vedada la representación de sus intereses en la negociación colectiva.²²

22 Los sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios y los sindicatos interempresa.

En efecto, el alcance restringido de la negociación colectiva en nuestro país, hace inviable el ejercicio de este derecho para los trabajadores de las ETT.

A ello se suma la restricción de nuestra legislación acerca de las materias de negociación que expresamente prohíbe negociar la limitación de las facultades empresariales de organizar, dirigir o administrar la empresa así como materias ajenas a la misma.²³ Ello impide que la negociación colectiva imponga límites a este tipo de contratación tanto en la negociación de la empresa usuaria como en la de la ETT.

En estos últimos meses sin embargo, y con ocasión de la ratificación por el parlamento chileno de los Convenios sobre Libertad Sindical de la OIT, se perfila una negociación colectiva que permita salvar los actuales escollos que impone el modelo regulatorio nacional con una mayor incidencia de los acuerdos colectivos en la regulación del trabajo. En efecto, los Convenios N° 87 y N° 98, son textos centrales en el sistema de relaciones laborales de los países cuya legislación sobre ETTs hemos analizado y está por verse la recepción que hace nuestro sistema de tales cuerpos normativos.

En el intertanto, la ley y la función contralora y fiscalizadora del poder público, ya que no la autotutela, son los únicos instrumentos eficaces para garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores contratados por las ETTs, especialmente vulnerables.

23 Art.306 C.T.

LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (E.T.T.) EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS.

*Tomás Sala Franco,
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia.*

1. Los países analizados

Los países europeos analizados en el presente informe han sido Alemania, Bélgica, España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia y Portugal.

De estos países, los hay con mercado virgen (Italia), con mercado emergente (Alemania, España, Irlanda y Portugal) y con mercado maduro (Bélgica, Francia, Gran Bretaña y Holanda).

2. La normativa vigente.

ALEMANIA	Ley de 7 de agosto de 1976 (de préstamo de mano de obra), modificada varias veces, siendo las más importantes las de 1986 y abril de 1997.
BELGICA	Ley de 24 de julio de 1987 y normas reglamentarias y convencionales de desarrollo (convenio colectivo de julio de 1994, modificado por convenio colectivo de 25 de Junio de 1997).
ESPAÑA	Ley 14/1994, de 1 de junio y R.D. 4/1995, de 13 de enero
FRANCIA	Ley de julio de 1990.
GRAN BRETAÑA	Ley de 1973 (Employment Agencies 'Act) de 1973, completada por diversas normas reglamentarias de 1976 y 1978.
HOLANDA	Ley de Julio de 1998, desarrollada por convenios colectivos.
IRLANDA	Ley de 1991 (Employment Agencies Act).
ITALIA	Ley de 24 de junio de 1997.
PORTUGAL	Ley de 17 de octubre de 1989.

3. Los requisitos legales para poder actuar como E.T.T.

ALEMANIA	Necesidad de una autorización administrativa para poder operar, siendo la Oficina Federal de Trabajo la autoridad concedente. Condiciones para la concesión: a) Que posea los medios suficientes para el desempeño de sus funciones. b) Que posea el « <i>sentido de la responsabilidad suficiente</i> » para el desarrollo de esta actividad, medido por el cumplimiento previo de las obligaciones laboral, fiscal
----------	--

	y de seguridad social. c) Que disponga de un capital mínimo calculado sobre el número de empleados de la E.T.T. La E.T.T. deberá inscribirse en diversos registros fiscales y empresariales.
BELGICA	Las E.T.T. deberán solicitar la autorización o licencia administrativa para poder operar. Deberán adoptar la forma de sociedad mercantil, con un capital mínimo fijado por la ley y deberán inscribirse en la Cámara de Comercio y en el Registro Fiscal correspondiente.
ESPAÑA	La ley establece una serie de exigencias para constituir una E.T.T.: a) Ser persona física o jurídica, incluidas las sociedades cooperativas. b) Disponer de una estructura organizativa adecuada. c) Dedicarse exclusivamente a la actividad de E.T.T. d) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social. e) Garantizar financieramente el cumplimiento de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social con sus trabajadores. f) No haber sido sancionada con suspensión de actividades en dos o más ocasiones. g) Incluir en su denominación los términos " <i>empresa de trabajo temporal</i> ". h) Exigencia legal de autorización administrativa previa de la autoridad laboral competente.
FRANCIA	No se prevé como requisito previo para operar la necesidad de una licencia o autorización administrativa, debiendo, sin embargo, comunicarse a la autoridad laboral con la debida antelación el inicio de las actividades de la E.T.T. En todo caso, la ley exige la forma societaria, un capital social mínimo y el establecimiento de una garantía dineraria o caución deberá hacerse en un banco o compañía de seguros.
GRAN BRETAÑA	La ley exige una autorización administrativa para actuar como E.T.T., renovable anualmente, debiendo registrar sus actividades.

HOLANDA	Necesidad de autorización administrativa para poder operar válidamente, debiendo justificar para su concesión un plan de marketing aceptable, unos medios financieros adecuados y una clientela mínima. Estas licencias son concedidas por un organismo tripartito existente a nivel central y a niveles regionales. La Ley de 1998 suprime la necesidad de licencias para las E.T.T.
IRLANDA	Necesidad de licencia administrativa para poder operar, que puede ser revocada por la Administración Laboral como sanción por incumplimiento de la legislación laboral. No se exigen ni cauciones ni registros de las E.T.T.
ITALIA	La ley exige una autorización administrativa para poder operar como E.T.T. Sólo podrán acceder a esta autorización las personas jurídicas societarias (sociedades de capital y sociedades cooperativas) que dispongan de organización suficiente y que presten una caución en la cantidad legalmente fijada en garantía de los créditos de los trabajadores y de la Seguridad Social. Se exige igualmente que los dirigentes de las E.T.T. no tengan condenas penales por determinados delitos que la ley enumera. Existen muchas E.T.T. ilegales y se espera del Gobierno una actitud más activa contra ellas.
PORTUGAL	Las E.T.T. necesitan de una licencia especial antes de comenzar a operar, cuya concesión dependerá de la organización y medios de la empresa, de su conducta previa respecto del cumplimiento de sus obligaciones con el sistema de Seguridad Social y de la constitución de una caución en un Instituto Público, cuya cuantía fija la propia ley, debiendo registrarse. Las E.T.T. pueden prestar otros servicios de selección de personal, de asesoramiento en materia de recursos humanos y de formación profesional, no exigiéndose la exclusividad del objeto social a las E.T.T.

4. Las prohibiciones de actuación de las E.T.T.

ALEMANIA	La actividad de las E.T.T. está prohibida en la construcción.
BELGICA	Se prohíbe la actuación de las E.T.T. en los sectores de la Administración Pública, de la construcción y del transporte, pudiendo extenderse la prohibición a otros sectores por « <i>arret royal</i> ».
ESPAÑA	Se prohíbe la utilización de las E.T.T. para realizar actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad y salud de los trabajadores, se determinen reglamentariamente, cosa que aún no se ha hecho. Se prohíbe también utilizar a trabajadores temporales para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria (en adelante E.U.), para cederlos a otras E.T.T. o para sustituir a trabajadores despedidos en los 12 meses inmediatamente anteriores por causas objetivas o con despidos disciplinarios declarados judicialmente improcedentes o que hubiesen resuelto el contrato de trabajo por incumplimiento grave o culpable del empresario.
FRANCIA	Se prohíbe la actuación de las E.T.T. en la Administración Pública, en determinados trabajos particularmente peligrosos que figuran en una lista elaborada por el Gobierno y para sustituir a los trabajadores en huelga en la E.U.
GRAN BRETAÑA	No se prohíbe la actuación de las E.T.T. en ningún sector de actividad. La ley, no obstante, prohíbe la utilización de trabajadores temporales en casos de huelga en la E.U. para sustituir a los trabajadores huelguistas.

HOLANDA	Se prohíbe la actuación de las E.T.T. en las actividades de transporte terrestre y en las áreas portuarias de Amsterdam y Rotterdam y en otras áreas y sectores de menor importancia. En la construcción estaba prohibida la actuación de las E.T.T. hasta que la Ley de 1998 levantó la prohibición. Queda igualmente prohibida la contratación de trabajadores temporales para sustituir a los trabajadores huelguistas en las E.U.
IRLANDA	No se prohíbe la actuación de las E.T.T. en ningún sector.
ITALIA	La ley prohíbe la actuación de las E.T.T. en trabajos que requieran una vigilancia médica especial y para trabajos particularmente peligrosos enumerados por el Gobierno. Entre ellos, en la construcción y en la agricultura. Además, la ley prohíbe sustituir trabajadores que ejerciten su derecho de huelga o utilizar las E.T.T. en empresas que en los 12 meses anteriores hubieran realizado despidos colectivos referidos a las funciones para las que se pretende contratar trabajadores temporales.
PORTUGAL	No se prohíbe la actuación de las E.T.T. en ningún sector.

5. Los supuestos lícitos de utilización de E.T.T y la duración de las misiones

ALEMANIA	La ley no prevé los supuestos de utilización de las E.T.T. pero limita la duración de las misiones a tres meses como máximo, habiendo sido ampliada a doce meses desde 1997 por razones de fomento de empleo. La ley admite la prórroga de estas misiones por una sola vez por tres meses tras una interrupción efectiva, con una duración máxima equivalente al 25 % de la duración de la misión que se pretende prorrogar. Si se superan los límites máximos
-----------------	--

	legales, el trabajador temporal pasará a considerarse trabajador de la empresa usuaria.
BELGICA	La ley limita los supuestos de utilización de las E.T.T. a) Para hacer frente a incrementos temporales de la producción. b) Para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo. c) Para prestar un trabajo ocasional. La duración máxima de la misión dependerá del supuesto de que se trate y variará entre 1 y 6 meses, previéndose la posibilidad de su renovación por una sola vez.
ESPAÑA	La ley enumera los supuestos lícitos de utilización de la E.T.T.: a) Realización de obra o servicio determinado. b) Razones de eventualidad en la E.U., esto es, atención de exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa. c) Sustitución de trabajadores de la E.U. con derecho a reserva de puesto de trabajo. d) Cobertura temporal de un puesto de trabajo permanentemente vacante mientras dura el procedimiento de selección o de promoción para su cobertura definitiva. La duración máxima del contrato de puesta a disposición será de 6 meses en el caso de contratación por razones de eventualidad, de 3 meses en el de contratación por razones de interinidad de plaza vacante y por el que dure la obra o servicio determinado o la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo.
FRANCIA	En cuanto a los supuestos de utilización lícita de las E.T.T., la ley establece una fórmula genérica según la cual se admite el trabajo temporal « <i>para la ejecución de una tarea no duradera</i> », sin que pueda contratarse a trabajadores temporales para realizar actividades normales y permanentes en la E.U. Junto a esta fórmula genérica, se

	<p>establece una lista cerrada de supuestos: a) La sustitución de un trabajador vinculado a la empresa que tenga suspendido su contrato de trabajo. b) La ocupación de una plaza vacante mientras se cubre de forma permanente. c) Un incremento temporal en la actividad de la empresa. d) La ejecución de trabajos «<i>de naturaleza temporal</i>», esto es, trabajos estacionales de temporada o trabajos para los cuales no es costumbre recurrir a la contratación indefinida, pudiendo ser concretados por la negociación colectiva. La duración máxima de la misión depende del supuesto de que se trate: 9 meses para la cobertura temporal de un puesto de trabajo en espera de su ocupación definitiva; 18 meses, prórroga incluida, como duración máxima ordinaria; y 24 meses, en supuestos excepcionales.</p>
GRAN BRETAÑA	<p>No se regulan los supuestos de utilización, ni se fija límite alguno a la duración o prórrogas de las misiones.</p>
HOLANDA	<p>No hay una lista de supuestos de lícita utilización de las E.T.T., limitándose su utilización temporalmente solo para misiones que tengan una duración máxima de 12 meses, con una sola renovación, tras una interrupción mínima de un mes, pudiendo ser superada esta duración por autorización de la autoridad competente. La Ley de 1998 hace desaparecer el límite temporal.</p>
IRLANDA	<p>No se prevén legalmente los supuestos en que es lícita la utilización de los servicios de E.T.T. Tampoco se fija una duración máxima para los mismos o para su renovación.</p>
ITALIA	<p>La ley establece los supuestos de utilización lícita de las E.T.T.: a) En los casos previstos en los convenios colectivos nacionales de sector estipulados por los sindicatos más representativos. b) En los casos de utilización temporal en</p>

	<p>funciones no previstas en la organización normal de la empresa. c) En los casos de sustitución de trabajadores ausentes.</p>
<p>PORTUGAL</p>	<p>La ley enumera los supuestos lícitos de utilización de las E.T.T.: a) Sustitución de un trabajador ausente o que se encuentra imposibilitado para prestar sus servicios. b) Necesidad de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuando ya se haya iniciado el procedimiento para cubrirlos. c) Aumento temporal o excepcional de actividad en la empresa, incluyendo el debido a recuperación de tareas o de producción. d) Tareas definidas de carácter temporal. e) Actividades de naturaleza estacional. f) Necesidades intermitentes de mano de obra como consecuencia de fluctuaciones de la actividad de la empresa, con algunas limitaciones. g) Necesidades intermitentes de trabajadores para la prestación de apoyo familiar directo. h) Necesidades de mano de obra para la realización de proyectos de carácter temporal, no correspondientes a la propia actividad ordinaria de la empresa. La duración máxima de las misiones varía de 6 a 12 meses, según el supuesto de que se trate. Es posible la prórroga en ciertos casos, previa autorización de la Inspección de Trabajo. Se prohíbe la sucesión de trabajadores temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo.</p>

6. La formalización de los contratos

ALEMANIA	Necesidad de forma escrita para los contratos de puesta a disposición entre E.U., E.T.T. y laborales entre E.T.T. y trabajador temporal, exigiendo determinadas menciones mínimas.
BELGICA	Los contratos de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U. y los contratos temporales entre E.T.T. y trabajador temporal deberán formalizarse por escrito, exigiéndose un contenido mínimo por la ley.
ESPAÑA	Los contratos de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U. y los contratos temporales entre la E.T.T. y trabajadores temporales deberán formalizarse por escrito, de acuerdo con un modelo oficial, con un contenido mínimo necesario.
FRANCIA	Los contratos de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U. y los contratos temporales entre trabajador temporal y E.T.T. habrán de hacerse por escrito
GRAN BRETAÑA	No se exige forma escrita a los contratos.
HOLANDA	Los dos contratos (de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U. y laboral entre E.T.T. y trabajador) han de formalizarse por escrito.
IRLANDA	No se exige forma escrita para los contratos.
ITALIA	La ley exige forma escrita para los contratos de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U. y los contratos laborales entre E.T.T. y trabajador temporal.
PORTUGAL	La ley exige forma escrita a los contratos de puesta a disposición entre E.U. y E.T.T. y a los contratos laborales entre E.T.T. y trabajador temporal, exigiendo un contenido mínimo obligatorio.

7. La duración de los contratos de trabajo con los trabajadores temporales

<p>ALEMANIA</p>	<p>La ley impone la celebración de un contrato laboral por tiempo indefinido entre E.T.T. y trabajadores temporales, cobrando éstos incluso el salario en los períodos de inactividad entre dos misiones sucesivas. La ley admite, no obstante, la posibilidad de pactar un contrato de duración determinada, siempre que sea por iniciativa del trabajador y el plazo fijado sea distinto a la duración de las misiones que vaya a desempeñar. Por esta razón, se trata del modelo que mejor protege los intereses de los trabajadores pero, al mismo tiempo, del más costoso para las E.T.T., por la necesidad de encarecer sus servicios repercutiendo sobre sus clientes el coste de los períodos no trabajados por estos trabajadores.</p>
<p>Bélgica España Francia Gran Bretaña Holanda Irlanda Italia Portugal</p>	<p>En todos los demás países analizados, la ley no obliga a la E.T.T. a contratar al trabajador temporal por tiempo indefinido, siendo lo normal contratarse temporalmente coincidiendo su duración con la de la misión a realizar en la E.U. En Holanda, no obstante, el convenio colectivo prevé que los trabajadores puedan ser contratados por tiempo indefinido por parte de la E.T.T. después de un cierto período de tiempo (36 meses o 18 meses cuando trabajen para una misma E.U.).</p>

8. Las condiciones de trabajo y salariales del trabajador temporal

<p>ALEMANIA</p>	<p>Consecuencia del carácter indefinido del contrato de trabajo, el trabajador temporal tendrá las condiciones laborales y salariales establecidas para las E.T.T., sin que se equiparen estas a las de los trabajadores de la E.U., salvo en lo relativo a las normas de seguridad y salud laboral. La E.U. no responderán en caso de insolvencia de la E.T.T. de las obligaciones de éstas con los trabajadores temporales. El trabajador temporal tiene Seguridad Social y protección por desempleo.</p>
<p>BELGICA</p>	<p>El trabajador temporal tiene derecho al mismo tratamiento retributivo que los trabajadores de la E.U. Está asegurado en la Seguridad Social y goza de la protección por desempleo.</p>
<p>ESPAÑA</p>	<p>El trabajador temporal no está legalmente equiparado retributivamente al trabajador de la E.U. pero sí en las restantes condiciones de trabajo. La E.U. será responsable subsidiaria de las obligaciones laborales y de seguridad social contraídas por la E.T.T. con el trabajador temporal durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.</p>
<p>FRANCIA</p>	<p>Las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales se equiparan a las de los trabajadores de las E.U., incluyendo las condiciones salariales, siendo de aplicación el convenio colectivo de la E.U.</p>
<p>GRAN BRETAÑA</p>	<p>Hay plena libertad para fijar las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales. De hecho, su nivel de protección es bastante bajo. No obstante, tienen derecho a la Seguridad Social y a la protección por desempleo. La E.T.T. -y no la E.U.- será responsable de los trabajadores temporales a todos los efectos.</p>

HOLANDA	El tratamiento retributivo y de las demás condiciones de trabajo de los trabajadores temporales está equiparado legalmente al de los trabajadores de la E.U. de cualificación profesional similar en funciones equivalentes, incluidas la Seguridad Social y la protección por desempleo tras un cierto tiempo de trabajo.
IRLANDA	Sólo se establece por ley que los trabajadores temporales tendrán el mismo nivel de protección del sistema de seguridad social y del desempleo que los trabajadores comunes, pero nada se dice en cuanto a las demás condiciones de trabajo.
ITALIA	La ley establece expresamente la equiparación de condiciones retributivas y de trabajo de los trabajadores temporales con las de los trabajadores de la E.U. La E.U. responderá solidariamente de las obligaciones retributivas y de seguridad social de la E.T.T. con el trabajador temporal cedido en caso de insolvencia de ésta. Los trabajadores temporales tienen Seguridad Social y protección por desempleo, si han trabajado al menos 6 meses en el último año.
PORTUGAL	La ley equipara las condiciones retributivas de los trabajadores temporales a las de los trabajadores de la E.U.. Asimismo establece que las condiciones de trabajo aplicables a la E.U. regirán para el trabajador temporal en cuanto al modo, lugar, duración del trabajo, suspensión contractual, seguridad y salud laboral y acceso a los equipamientos sociales de la E.U. Están asegurados en la Seguridad Social y gozan de la protección por desempleo.

9. *La indemnización por fin de contrato*

BELGICA	La ley prevé un fondo especial de garantía para las E.T.T., cuya financiación corresponde a éstas últimas, destinado a pagar los salarios de los trabajadores temporales en caso de insolvencia de la E.T.T. y a pagar también determinadas indemnizaciones a los trabajadores con un mínimo de misiones prestadas a lo largo del año y en determinadas circunstancias.
ESPAÑA	La ley establece el derecho del trabajador temporal a una indemnización a la finalización del contrato, equivalente a 12 días de salario por cada año de servicios o a la parte proporcional correspondiente.
FRANCIA	La ley prevé el derecho del trabajador a una indemnización por fin de contrato para compensar su precariedad en el empleo, cuya cuantía varía en función de la duración de la misión y del salario del trabajador, sin que pueda ser inferior a un 10 o un 15% de la retribución bruta del trabajador, según los casos. Cuando la extinción del contrato tenga lugar por voluntad del trabajador temporal, por incumplimiento a él imputable o por fuerza mayor, no habrá lugar a esta indemnización.

10. *El derecho del trabajador temporal a ser contratado por la empresa usuaria*

Alemania España Holanda Italia Portugal	La ley prohíbe que se establezcan limitaciones a la posibilidad de que los trabajadores temporales sean contratados por la E.U. a la finalización de la misión.
---	---

II. El cómputo de los trabajadores temporales en la plantilla de la empresa usuaria

ALEMANIA	Por el carácter indefinido de los contratos de trabajo de los trabajadores temporales, éstos no se incluyen en el cómputo de la plantilla de la E.U. a efectos de representación y participación del personal, si bien se atribuye a los órganos de representación de los trabajadores de la E.U. competencia para controlar la utilización de los servicios de E.T.T., pudiendo vetarlos cuando se temiera que su utilización pudiera producir despidos en la E.U. y otros perjuicios para sus trabajadores.
BELGICA FRANCIA	La ley computa a los trabajadores temporales en la plantilla de la E.U. a todos los efectos.
PORTUGAL	Los trabajadores temporales no computan en la plantilla de las E.U.
ESPAÑA	Los trabajadores temporales no computan en la plantilla de la E.U. a ningún efecto, si bien la ley establece que los trabajadores temporales tendrán derecho a presentar reclamaciones a través de los representantes de los trabajadores de la E.U. en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.

12. Algunos datos estadísticos

A) Trabajo temporal (1995)

	Ocupación temporal sobre el total del empleo	Trabajo temporal (ETT) sobre ocupación temporal	Trabajo temporal (ETT) sobre el total del empleo
Alemania	10,3%	4,8%	0,49%
Bélgica	5,1%	21,04%	1,09%
España	33,7%	0,80%	0,26%
Francia	11%	15,5%	1,7%
Gran Bretaña	6,5%	50,09%	3,31%
Holanda	10,9%	24,6%	2,68%
Portugal	9,4%	1%	0,09%

Fuente: Eurostat y Bakkenist Consultants.

B) Distribución del trabajo temporal entre la industria y los servicios (1997)

	SERVICIOS	INDUSTRIA
Alemania	32%	47%
Bélgica	8%	47%
España	52%	43%
Francia	26%	74%
Holanda	49%	38%
Irlanda	10%	80%
Portugal	50%	50%

Fuente: Datos facilitados por C.I.E.T.T./ Bakkenist Consultants.

Según datos facilitados por el Congreso Mundial de Recursos Humanos de 1996, en Bélgica, Holanda y Francia predomina el trabajo temporal en la industria. En Alemania y en Reino Unido predomina el trabajo temporal en los servicios comerciales. El trabajo temporal en el sector de la construcción alcanza cifras reducidas en Francia y Reino Unido, estando prohibido en Bélgica, Holanda y Alemania.

C) Número de E.T.T. existentes (1996)

Alemania	2.499
Bélgica	91
España	430
Francia	850
Gran Bretaña	5.000
Holanda	400
Irlanda	64
Italia	La legalización de las E.T.T. es de 1997
Portugal	210

Según datos facilitados por Bakkenist Consultants de 1998, el número de E.T.T. existentes en los distintos países europeos analizados ha doblado en 1996 la cifra existente en 1989.

Es, sin duda, Gran Bretaña la que tiene el mayor número de E.T.T. lo que se explica fundamentalmente por una historia más larga en su actuación y por una legislación más liberal de las mismas.

*D) Promedio de días de trabajo temporal contratados por las E.T.T.
(1996)*

Alemania	60
Bélgica	484
España	140
Francia	398
Gran Bretaña	176
Holanda	563
Irlanda	52
Italia	La legalización de las E.T.T. es de 1997
Portugal	119

E) Porcentajes de trabajo temporal masculino y femenino (1997)

	MASCULINO	FEMENINO
Alemania	81%	19%
Bélgica	60%	40%
España	62%	38%
Francia	74%	26%
Holanda	52%	48%
Portugal	50%	50%

Fuente: Datos de C.I.E.T.T./Bakkenist Consultants.

F) Distribución por edades de los trabajadores temporales (1997)

	-de 25	25 – 35	35 –45	45 –55	55 o más
Alemania	5%	62%	20%	9%	4%
Bélgica	47%	35%	13%	5%	
España	49%	36%	10%	4%	1%
Francia	35%	25%	24%	10%	6%
Holanda	55%	30%	10%	5%	
Portugal	34%	33%	33%		

Fuente: Datos facilitados por C.I.E.T.T./ Bankkenist Consultants

G) Distribución por niveles de educación de los trabajadores (1996)

	Educación Primaria	Educación Secundaria	Educación Universitaria
España	21%	57%	22%
Holanda	12%	73%	15%
Portugal	30%	50%	20%

Fuente: Datos facilitados por C.I.E.T.T./Bankkenist Consultants

H) Distribución por niveles de formación (1996)

	formado	semiformado	no formado
Alemania	76%		24%
España	60%		40%
Francia	43%	12%	45%
Portugal	33%	33%	34%

Fuente: Datos facilitados por C.I.E.T.T./Bankkenist Consultants

LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL TRAS CUATRO AÑOS DE SU IMPLANTACIÓN LEGAL EN ESPAÑA.¹

*Tomás Sala Franco.
Catedrático de Derecho del Trabajo.
Universidad de Valencia. España.*

Voy a hablarles de un tema que está institucionalizado ya en Europa, que en España está en vías de institucionalizarse y que es de rabiosa actualidad, es decir, el empleo de trabajo temporal o ETTs como se les conoce en España.

Lo primero que quisiera manifestar es que el tráfico de mano de obra, lo que se conoce como prestamismo laboral, es tan viejo como el del trabajo dependiente o por cuenta ajena.

Relaciones triangulares entre un empresario real, que se beneficia del trabajo de los trabajadores puestos a su servicio; un empresario ficticio o prestamista de mano de obra interpuesto entre el verdadero empresario y el trabajador; y, el propio trabajador cedido, ha existido prácticamente siempre. Y ha existido siempre con una finalidad, por parte del empresario prestamista: para obtener un lucro con esa cesión y, por parte de la empresa usuaria, para, por un lado, evitar la identificación del empresario real a efectos de evitar responsabilidades en su día y sin duda, para evitar el sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa.

Lo que acompañaba tradicionalmente al prestamismo y que lo hacía odioso, era que venía incumpléndose con él la legislación laboral, en el sentido de que los salarios, y las condiciones laborales eran considerablemente inferiores a las que

¹ Conferencia dictada por Tomás Sala Franco en Santiago, en Abril de 1998

disfrutaban los trabajadores contratados directamente por las empresas usuarias y, por esta razón, la legislación desde el principio, en Europa, reaccionó prohibiéndolo en cualquiera de sus modalidades.

La primera regulación del merchandising data del 1848 en Francia. Pero el fenómeno de las ETTs, que pone a disposición de empresas usuarias trabajadores temporalmente contratados por las ETTs y recibidos por las empresas usuarias, es un fenómeno relativamente reciente.

Su aparición se produce en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial y las diferencias entre prestamistas de mano de obra y empresas de trabajo temporal, pese a su carácter triangular en ambos casos, a mi juicio, pueden ser evidentes.

En el caso de las ETTs, a diferencia del préstamo tradicional, se trata de empresas realmente organizadas con una estructura adecuada para prestar esos servicios, sometidas a un control administrativo previo y posterior y, a un control de los representantes de los trabajadores y, si quieren ustedes, de la sociedad en general.

En segundo lugar, suministra trabajadores a múltiples clientes en un régimen de mercado libre y abierto.

Como ocurre en todas las familias, hay quienes cumplen y quienes no cumplen, pero vocacionalmente están llamadas a cumplir con la legislación que las regula.

En general, responden a una demanda empresarial urgente de trabajadores para realizar trabajos temporales y en su caso, esto es lo deseable, con una formación previa que proporciona la ETT.

En un primer momento esta actuación de trabajo temporal quedaba dentro del prestamismo laboral y por tanto, eran prohibidas por la ley aunque en la práctica se aceptaba como una condición de facto.

El primer país que procede a reconocer y a regular el trabajo de empleo temporal es Holanda en 1965 y más tarde, los restantes países europeos.

En 1990 un estudio ponía de relieve que Grecia, Italia y España no habrían regulado ni legalizado las ETTs. Hoy, sólo Grecia se encuentra en esta situación.

En esta regulación hay grandes diferencias. Hay países como Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo o Dinamarca, que hacen una regulación escasa, general, que pretende fundamentalmente regular las relaciones entre la empresa usuaria y la ETT más que la relación entre el trabajador con una de estas dos empresas. Pero la generalidad de los países aplican una regulación más específica y esto sucede en Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Portugal y España.

¿Cuáles son las líneas generales en esta materia?

Lo primero y principal, es que sólo se autoriza a determinadas empresas que cumplan determinados requisitos y, entre ellos, el de solvencia económica garantizada. Esto es lo principal para ejercer como ETT.

En segundo lugar, todas las legislaciones limitan los supuestos de cesión de trabajadores y la duración de esas misiones; prohibiéndose abiertamente la cesión permanente de estos trabajadores.

Estas cesiones temporales se regulan de dos maneras: estableciendo las causas temporales para proceder a la cesión como una eventualidad de la empresa, un período peak, circunstancias de producción, interinidad para cubrir vacantes o reemplazos u obras o servicios determinados. Pero hay otros países que prescinden de las causas y hablan de un tope máximo de meses o años para proceder a la cesión.

La tercera característica es que en todas estas legislaciones se establecen mecanismos de garantías de los trabajadores, consistentes en la obligación que tiene la empresa de trabajo temporal de informar a las autoridades laborales y a los

representantes de los trabajadores de la existencia de esas misiones, cesiones o de esos contratos de trabajadores.

La cuarta característica es la exigencia de una gran formalidad como la exigencia de un contrato escrito en todas estas relaciones, básicamente en las dos relaciones jurídicas que surgen de ese triángulo: el contrato mercantil entre la ETT y la usuaria debe hacerse por escrito y estar sometido a un contenido que normalmente preestablece la legislación, y a su vez, el contrato de trabajo firmado entre el trabajador y la ETT ya sea, indefinido como es el caso de Alemania o temporal como Francia o Bélgica.

En España caben las dos posibilidades, pero hasta ahora no conozco de contrato indefinido.

Y, finalmente, donde hay mayores oscilaciones en la legislación, porque no hay una regla precisa, es en el establecimiento del principio de paridad de trato; de equiparación en las condiciones del trabajador temporal cedido y las condiciones salariales del trabajador contratado directamente por la empresa usuaria. Principio de equiparación que en el caso de España, en materia salarial, no existe en la ley aunque por vía de negociación colectiva se está intentando conseguir.

En realidad, desde el punto de vista conceptual, el fenómeno de las ETTs es claramente de interposición de una empresa que contrata a un trabajador y que lo ofrece a otra empresa usuaria, que lo recibe; pero el problema, es que la realidad muy a menudo desborda las fronteras de los conceptos. Esta figura de la interposición del trabajo temporal, tiene difíciles distinciones con, por una parte, el fenómeno de la mediación, típico de las agencias privadas de colocación, y por el otro extremo, linda con la figura de la contrata o subcontrata de obras y servicios.

Pero las distinciones en el plano de la teoría, están claras. Mientras la agencia de colocación privada actúa como simple mediadora entre el trabajador y la empresa contratante y facilita el contacto entre ambas sin que la empresa de colocación contrate a nadie; en el caso de la agencia de empleo temporal, se contrata

previamente al trabajador y lo pone a disposición de la empresa usuaria. Por esto se trata de algo bien diferenciado en relación al fenómeno de la mediación de la agencia privada de colocación.

Por otro lado, mientras la empresa contratista o subcontratista de obras y servicios cede al trabajador a la empresa usuaria, pero, y aquí viene la diferencia, organizando su trabajo y aportando los medios materiales; la empresa de trabajo temporal cede su trabajador a la empresa usuaria sin organizar su trabajo, ya que lo organizará la empresa usuaria y sin aportar los medios materiales, que correrán siempre a cargo de la empresa usuaria.

Teóricamente, las diferencias están claras, pero sucede que las fronteras se difuminan en la práctica. Como dije, la frontera entre la mediación y la interposición no están nada claras y me remito a los informes de la OIT y al viejo convenio sobre agencias privadas de colocación del año 1949 y a la diferenciación entre lo que es la ETT o mera subcontratación de mano de obra y una subcontrata de obras y servicios. Tampoco está clara la diferencia cuando, en ocasiones, el empresario contratista no aporta materiales, porque se trata de una contrata, imaginemos de limpieza, donde los materiales son los mínimos o, cuando, probablemente, el empresario que recibe los servicios de ese trabajador les da órdenes técnicas para la realización de esos trabajos.

Piénsese, en este sentido, en la interpretación oficial de la OIT en el año 1965, de considerar a la ETT como empresa aparente y sus actividades, como decía el informe, mediadoras; incluyéndolas en la categoría de agencias privadas de colocación con fines lucrativos y aplicándoles el convenio número 96 de la OIT.

Aunque no queda sustancialmente claro, en el nuevo convenio de la OIT de 1997 sobre agencias retribuidas de colocación se aclara, porque se distingue en el párrafo A, lo que es la verdadera y propia agencia de colocación y en el párrafo B, lo que es la empresa de empleo temporal. En la primera, se define como una actividad mediadora y en el segundo caso como una actividad de intermediación con

contratación del trabajador por parte de una empresa y de cesión a una empresa usuaria.

Todo este conflicto conceptual explica, de alguna manera, el recelo histórico, por la sociedad en general, al fenómeno de las ETTs en todos los países. Se recibe críticamente e hipercríticamente, diría yo, por los sindicatos, por la doctrina científica, por la legislación, por la propia sociedad e incluso, por los propios empresarios usuarios potenciales, que no acaban de ver en qué les beneficia el acudir o no a una ETT.

1. La realidad de España

Paradigmática resulta en este sentido, la experiencia española. Lo que ha sido la recepción del fenómeno en España, se puede constatar como un fenómeno de reacción, que posteriormente se viene suavizando y nos encontramos en este momento en una fase de institucionalización del fenómeno de las ETTs con características nuevas.

En mi opinión, una gran parte de los problemas actuales detectables a lo largo de los cuatro años de implantación legal de las empresas de trabajo arranca del proceso de reconocimiento y legalización de las mismas.

Por ello, antes de plantear estos problemas y las soluciones alumbradas se hace necesario resumir mínimamente cuál era el clima social de recepción de la ley 14/1994, de 1 de junio y, sobre todo, cuáles fueron las opciones legislativas sobre las principales cuestiones de su régimen jurídico.

Conviene no olvidar, en este sentido, cómo fueron los propios Tribunales, al aplicar la legislación prohibitiva de todo tipo de cesión de trabajadores, los que toleraron inicialmente una cierta actuación de hecho de las E.T.T. Así, al considerar únicamente cesión ilegal de trabajadores a aquellos que persiguiesen una finalidad fraudulenta, se permitió durante algunos años que las E.T.T. funcionaran como

empresas contratistas de servicios², perseguidas o no, según los casos, en vía administrativa por las Inspecciones de Trabajo.

Pese a los recelos que las E.T.T. suscitaban socialmente en nuestro país, a favor de su reconocimiento legal jugaban una serie de factores relevantes. Sintéticamente los siguientes:

1º) En primer lugar, la generalizada aceptación de las E.T.T. en los Estados Miembros de la Unión Europea, con las excepciones de Grecia e Italia en ese momento.

2º) En segundo lugar, la generalizada crítica acerca de la ineficacia de los servicios públicos de empleo para satisfacer las necesidades temporales de trabajadores de las empresas.

3º) En tercer lugar, la posible actuación transnacional de algunas E.T.T. europeas en base al principio de libertad de servicios profesionales consagrado por la normativa comunitaria.

4º) En cuarto lugar, la Directiva comunitaria, aprobada en 1989, sobre «seguridad y salud laboral en las E.T.T.», reconociéndolas y regulándolas, si bien sólo respecto de esta concreta materia.

5º) En quinto lugar, la existencia misma de E.T.T. toleradas en la realidad como empresas de servicios y la necesidad de una regulación cautelar semejante a la de los países de la Unión Europea.

En este sentido, la doctrina científica evolucionó notablemente desde la posición de rechazo a la de defender que el reconocimiento y la legalización de las E.T.T. era socialmente inevitable y que la finalidad de su legalización debía ser la de controlarlas razonablemente para evitar abusos y fraudes en su actuación³.

6º) Finalmente, la situación de desempleo creciente constituyó, sin duda, una razón de peso para el Gobierno en orden a su legalización y a una legalización realmente poco exigente en determinadas cuestiones.

2 Ver RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.- Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal. Ed. Ministerio de Trabajo. Madrid. 1992.

3 PALOMEQUE LOPEZ, C.- Las empresas de trabajo temporal en el ordenamiento laboral español. Revista de Trabajo, nº 74. 1984.

De esta manera se llegó a la Ley 14/1994, de 1 de junio, dentro de un paquete legislativo de reforma del mercado de trabajo presentado por el Gobierno Socialista en su último mandato.

Las características generales de esta Ley son las siguientes:

a) Establece una serie de exigencias para poder constituir una E.T.T., consistentes en disponer de autorización administrativa para actuar; y para conseguirla, la E.T.T. debe justificar: 1º) Disponer de una estructura organizativa adecuada. 2º) Dedicarse exclusivamente a esta actividad. 3º) Garantizar el cumplimiento de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social mediante la constitución de una garantía (depósito, aval bancario o póliza de seguros) (art. 2.1 Ley 14/1994 y R.D. 4/1995, de 13 de enero).

b) A efectos de control, se establece la obligación de las E.T.T. de remitir a la autoridad laboral una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados (arts. 5 Ley 14/1994 y 16.1 R.D. 4/1995).

c) En cuanto a las relaciones entre la empresa usuaria y la E.T.T., la ley exige que el contrato de puesta a disposición (de naturaleza mercantil) entre ellas se formalice por escrito de acuerdo con un modelo oficial con un contenido determinado (arts. 6.3 Ley 14/1994 y 14 R.D. 4/1995).

Tan sólo admite la cesión o suministro de trabajadores temporales en los cuatro casos siguientes: 1º) Para realizar una obra o servicio determinado, mientras dure. 2º) Para atender trabajos eventuales en la empresa usuaria por un período máximo de 6 meses. 3º) Para sustituir a trabajadores con derecho de reserva de plaza, mientras lo conserven. 4º) Para cubrir vacantes mientras dure el proceso de selección o de promoción por un máximo de 3 meses (art. 6.2 Ley 14/1994).

La Ley prohíbe utilizar trabajadores temporales: 1º) En caso de huelgas en la E.U. 2º) En actividades y trabajos peligrosos que un reglamento -no aparecido-concretará. 3º) Para sustituir trabajadores despedidos improcedentemente o por

causas objetivas o dimitidos por incumplimiento empresarial previo en los 12 meses inmediatamente anteriores. 4º) Para cederlos a otras E.T.T. (art. 8 Ley 14/1994)

La Ley prohíbe igualmente pactar en el contrato de puesta a disposición la prohibición para la E.U. de contratar al trabajador cedido una vez finalizada la misión (art. 7.3 Ley 14/1994).

d) Por lo que se refiere a las relaciones entre la E.T.T. y el trabajador temporal, la ley exige que el contrato de trabajo se formalice por escrito, de acuerdo con un modelo oficial con un contenido determinado (arts. 10.1 Ley 14/1994 y 15.1 R.D. 4/1995).

La duración de este contrato puede ser indefinida o temporal coincidiendo con la duración de la puesta a disposición (arts. 10.1 y 11.2 Ley 14/1994).

Las obligaciones de pago del salario y de la Seguridad Social corresponden a la E.T.T. y no a la E.U., si bien esta última responderá subsidiariamente (arts. 12.1 y 16.3 Ley 14/1994).

La cuantía del salario será la que fije el convenio colectivo aplicable a la E.T.T. y, de no existir éste, la que fije el convenio colectivo aplicable a la E.U. No se establece legalmente, por tanto, la equiparación salarial del trabajador temporal con los trabajadores de la E.U. (art. 11.1.a) Ley 14/1994).

La E.T.T. también está obligada a cotizar por formación profesional y a destinar anualmente el 1% de la masa salarial a la formación de los trabajadores, sin que pueda cobrar nada al trabajador por «*gastos de selección, formación o contratación*» (art. 12.2 Ley 14/1994).

La E.T.T. está igualmente obligada a pagar al trabajador una indemnización por fin de trabajo (12 días de salario por año de servicio o parte proporcional) (art. 11.1.b) Ley 14/1994).

e) En cuanto a las relaciones entre la E.U. y el trabajador temporal, la Ley establece:

1º) Que las facultades de dirección y control serán ejercidas por la E.U. (art. 15.1 Ley 14/1994).

2º) Que el poder disciplinario vendrá repartido entre la E.U. y la E.T.T.: *«Cuando una E.U. considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual, lo pondrá en conocimiento de la E.T.T. a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes»* (art. 15.2 Ley 14/1994).

3º) Que las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral están igualmente repartidas entre E.T.T. y E.U. La E.U. será responsable de la prevención laboral salvo en cuanto a las obligaciones de formación y de control y la vigilancia médica, de las que será responsable la E.T.T. (arts. 12.2 y 16.2 y 2 Ley 14/1994 y 28.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales).

f) En cuanto a los derechos de representación de los trabajadores cedidos, la Ley les concede derecho a elegir representantes en la E.T.T. y el derecho a presentar reclamaciones a través de los representantes de los trabajadores de la E.U. en ésta (art. 17.1 Ley 14/1994).

g) Finalmente, la Ley establece una tabla de infracciones de las E.T.T. y E.U. y las correspondientes sanciones administrativas (arts. 18 a 21 Ley 14/1994).

En el bien entendido que toda cesión hecha por una E.T.T. no autorizada o realizada por una E.T.T. autorizada de entre las prohibidas será considerada cesión ilegal de trabajadores con las consiguientes responsabilidades penales, administrativas y contractuales (art. 43 E.T.).

2. Principales problemas suscitados

A la vista de esta legislación y de la praxis aplicativa posterior, los principales problemas suscitados han sido los siguientes: En primer lugar, el fraude en la contratación de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U.. En segundo lugar, la ausencia de equiparación salarial del trabajador temporal con el trabajador de la E.U. En tercer lugar, los problemas referidos a la seguridad y salud laboral. En cuarto lugar, el cumplimiento efectivo de las obligaciones de la E.T.T. en materia de formación de los trabajadores temporales. Finalmente, algunos defectos técnicos graves de la ley 14/1994.

2.1 El fraude en la contratación temporal

Uno de los problemas detectados es el relativo al fraude en la contratación de puesta a disposición, esto es, la suscripción de contratos de puesta a disposición por E.T.T. y E.U. más allá de las posibilidades legales otorgadas, bien simulando una obra o servicio determinado, bien ampliando la duración de las eventualidades, de la interinidad de plaza vacante o de la interinidad de trabajadores con reserva de plaza.

A mi juicio, sin embargo, no creo que el fraude detectado sea superior al que se produce en la contratación temporal directa de las E.U. y, desde luego, aunque frecuente, no generalizable a todas las E.T.T. Siendo, además, probablemente, más fácilmente controlable el fraude en las contrataciones temporales efectuadas a través de E.T.T. que el existente en las contrataciones temporales directas, dadas las mayores posibilidades de control administrativo que ofrece la normativa reguladora de las E.T.T. (art. 16.1 R.D. 4/1995) y el menor número de éstas si se las compara con las E.U.

En todo caso, lo que falta por aclarar jurídicamente, desde luego, es si la delimitación hecha por los convenios colectivos aplicables a las E.U. de los supuestos de contratación por obra o servicio determinado o eventual resultan aplicables a la

contratación mercantil de puesta a disposición entre E.T.T. y E.U. Y, en el caso de que así sea -tesis que yo defendería basándome en la relación triangular típica existente entre E.U., E.T.T. y trabajador temporal-, falta igualmente por aclarar cuáles son las posibilidades de la negociación colectiva en este punto, esto es, ¿los convenios colectivos tienen plena libertad para determinar los supuestos de contratación o, por el contrario, deberán respetar el concepto legal -y su interpretación jurisprudencial- de «obra o servicio determinado» y de «eventualidad»? Aclaración de todo punto necesaria para operativizar la acción negocial en este punto.

2.2. *La ausencia de equiparación salarial*

Otro de los problemas de mayor entidad que plantean las E.T.T. es el de quién debe soportar el costo de la mediación, esto es, el costo del servicio prestado por la E.T.T. -si el trabajador temporal, si la empresa usuaria o si ambos- siendo ésta una cuestión que incide directamente sobre las condiciones retributivas de los trabajadores temporales.

Antes de que las E.T.T. fuesen legalizadas, la doctrina había planteado el problema en toda su crudeza: ¿Debe coincidir la retribución de los trabajadores temporales con la de los trabajadores de la E.U. para puestos de trabajo idénticos o, por el contrario, debe ser la E.T.T. la que fije con plena libertad la retribución?

La tesis generalmente defendida fue la de que debían equipararse las retribuciones de los trabajadores temporales y de los trabajadores de la E.U.⁴. Las razones en que se fundaba esta tesis eran fundamentalmente dos: De un lado, evitar agravios comparativos entre los trabajadores temporales y los trabajadores de la E.U. realizando idéntico trabajo. De otro lado, y sobre todo, evitar que las E.T.T. compitieran en costos, reduciendo de esta manera el salario de sus trabajadores temporales, y fomentar la competencia entre las E.T.T. en base a la calidad de sus servicios.

4 Cfr. en este sentido, por todos, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.- Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal. Ministerio de Trabajo. Madrid. 1992, págs. 491 y ss.; ROMAN DE LA TORRE, M.D.- La situación jurídico-laboral de las E.T.T. en España. Relaciones Laborales. 1991-I, pág. 447.

Esta tesis doctrinal no fue tenida en cuenta, sin embargo, por la Ley 14/1994 ni tampoco el precedente de otras leyes europeas donde tales retribuciones estaban equiparadas. Así, el art. 11.1.a) de la Ley establecería lo siguiente: «*El trabajador tendrá derecho... a ser remunerado... de conformidad con lo que establezca el convenio colectivo aplicable a las E.T.T. o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria*». Posibilitando de esta manera las diferencias retributivas entre unos y otros trabajadores.

Estas diferencias retributivas fueron consideradas por los sindicatos discriminatorias y atentatorias del art. 14 de la Constitución, por entender que se trataba de una diferencia de trato no justificada razonable y objetivamente. Por ello, solicitaron del Defensor del Pueblo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la ley 14/1994 y, entre ellos, este art. 11, solicitud que no sería aceptada por entender que no había base suficiente para fundamentar la vulneración del art. 14 de la Constitución.

Realmente, con independencia de lo que se piense sobre el fondo del asunto, a la vista de la tradicional doctrina del Tribunal Constitucional que admite tratos normativos desiguales cuando los regímenes jurídicos son distintos, no parece que tal recurso hubiera prosperado ya que no hay duda de que los trabajadores temporales pertenecen a empresas distintas, aunque realicen la misma tarea en el mismo centro de trabajo. Me refiero a la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las relaciones laborales especiales o de relaciones estatutarias respecto de las relaciones laborales comunes⁵.

Lo cierto es que, desde la aprobación de la ley 14/1994, las E.T.T. recién legalizadas se lanzaron a negociar convenios colectivos de empresa para evitar que se les aplicara la regla supletoria del art. 11 de la ley, esto es, para evitar la aplicación del convenio colectivo de la E.U. y, con ello, la equiparación retributiva.

⁵ Ver, por todas, S.T.C.O. 56/1988, de 24 de marzo.

Este proceso de negociación planteó como principal problema el de los comités de empresa negociadores de estos convenios de empresa, ya que sus miembros habían sido elegidos por el personal administrativo existente en la E.T.T. antes de la legalización, en ausencia de trabajadores temporales. Los salarios pactados se caracterizaron, en consecuencia, por ser muy inferiores a los reconocidos en los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias que contrataban con las E.T.T.

Por otra parte, la desigualdad que se produjo entre las distintas E.T.T. se tradujo en una feroz competencia en precios y no en la calidad del servicio.

En esta situación, comenzaron las negociaciones del primer convenio colectivo estatal, reivindicando los sindicatos la aprobación de unas tablas salariales que fueran las medias de los salarios de los convenios colectivos sectoriales más importantes. Sin embargo, el acuerdo logrado no tendría en cuenta este criterio, fijándose las tablas salariales con independencia de los convenios sectoriales de las E.U.

De esta manera, si bien no se obtuvo la ansiada equiparación salarial con los trabajadores de la E.U., se consiguió no obstante una cierta igualdad dentro del sector, por cuanto las principales E.T.T. renunciaron voluntariamente a su convenio de empresa y se adhirieron al convenio estatal de sector (ECCO, Flexiplan o Consultores de Empleo).

Ante el fracaso de las negociaciones directas con las E.T.T., los sindicatos pasarían a negociar con las asociaciones de E.U. una serie de cláusulas prohibiendo absolutamente la utilización de E.T.T., limitando tal posibilidad a aquellas E.T.T. que hubieran suscrito el convenio colectivo estatal, recomendando a las E.T.T. que los salarios de los trabajadores temporales fuesen equivalentes a los del convenio colectivo aplicable a la E.U., imponiendo a la E.T.T. la obligación de cumplir con lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable a la E.U. en tema de salarios u obligando a la E.U. a garantizar la equiparación retributiva entre sus trabajadores y los trabajadores temporales.

A la vista de la dudosa legalidad de estas cláusulas convencionales (ver infra), no parece que la negociación sectorial con las E.U. constituya la vía idónea para conseguir la equiparación salarial entre trabajadores temporales y los de la E.U. Esta equiparación sólo podrá conseguirse modificando la ley 14/1994 en tal sentido o negociando directamente con las E.T.T.

Con posterioridad, el vigente II C.C. estatal de E.T.T. para los años 1997, 1998 y 1999 ha optado por una cierta equiparación salarial a conseguir a medio plazo (esto es, a partir del año 2000), estableciendo hasta entonces un proceso de convergencia o de acercamiento entre las retribuciones de los trabajadores temporales y los del convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U.

El calendario general establecido para este proceso de convergencia salarial viene a ser el siguiente (art. 3º):

- a) Durante el año 1997, los trabajadores temporales seguirían cobrando según las tablas salariales del convenio colectivo estatal de E.T.T. previstas.
- b) En el año 1998, los trabajadores temporales deben percibir el 80% de la retribución pactada en el convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U. donde trabaje.
- c) En el año 1999, los trabajadores temporales percibirán el 90% de la retribución pactada en el convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U. donde trabaje.
- d) A partir del año 2000, los trabajadores temporales percibirán el 100% de la retribución pactada en el convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U. donde trabaje.

Pero analicemos con algo más de detalle este proceso de convergencia salarial que se rige por las siguientes reglas:

1ª) En primer lugar, el convenio encomienda a la comisión paritaria del mismo la facultad de dirigir el proceso de convergencia salarial, debiendo sistematizar e informatizar los datos retributivos de los diferentes convenios sectoriales de encuadramiento de las E.U., labor ciertamente complejísima y aún no finalizada.

2ª) En segundo lugar, la equiparación salarial que se pacta se refiere sólo a los salarios de los convenios colectivos sectoriales y no a los de los convenios colectivos de empresa o de centro de trabajo de las E.U. Aunque no se prevé expresamente, parece estarse pensando en los convenios colectivos estatutarios y no en los convenios colectivos extraestatutarios de eficacia limitada. Para el caso de que haya convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U. y ésta se rija por un convenio colectivo de empresa o de centro, la equiparación del trabajador temporal se producirá con los salarios del convenio colectivo sectorial. Cuando no haya convenio colectivo sectorial de encuadramiento, el II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. señala que «*la estructura salarial será la establecida para el personal interno*» de las E.T.T. que figura como Anexo del Convenio.

3ª) En tercer lugar, la convergencia salarial no se refiere a todos los conceptos salariales y extrasalariales del convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U. sino sólo a los conceptos salariales y extrasalariales «*de carácter fijo*» (salarios bases o pluses de transporte) y a los complementos salariales de penosidad, peligrosidad y toxicidad, estando expresamente excluidos los complementos personales, los complementos de cantidad y calidad de trabajo y los complementos de puesto de trabajo.

La delimitación de qué conceptos salariales de los distintos convenios colectivos sectoriales sean o no fijos ha planteado graves problemas interpretativos. Así, por ejemplo, respecto del plus de asistencia o de la paga de beneficios, cuestiones que han sido resueltas por la comisión paritaria del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T.

4ª) En cuarto lugar, el II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. prevé que la comisión paritaria debe acordar los necesarios «*mecanismos correctores*» para evitar que por la aplicación de los criterios de convergencia retributiva cobren menos los trabajadores temporales que en 1997.

5ª) Finalmente, con toda lógica, los trabajadores temporales se regirán por la clasificación profesional del convenio colectivo sectorial de encuadramiento de la E.U., siendo también la jornada anual aplicable la establecida en este convenio sectorial de encuadramiento de la E.U.

A la vista de este conjunto de reglas reguladoras, cabe preguntarse por dónde podría «hacer aguas» este proceso de convergencia salarial.

Desde luego, no serán posibles los convenios colectivos de empresa de trabajo temporal, porque el II Convenio Colectivo Estatal de E.T.T. es un Convenio Marco y lo prohíbe expresamente.

Ello no obstante, el art. 84 del E.T. permite que un convenio colectivo supraempresarial de ámbito inferior al estatal pueda establecer unas condiciones salariales distintas de las establecidas en éste.

Por otro lado, siempre cabrán modificaciones sustanciales del convenio colectivo estatal de E.T.T. por parte de una E.T.T. concreta por la vía del art. 41.2 E.T., esto es, del acuerdo entre representantes de los trabajadores y Empresa; o por la vía del descuelgue salarial (arts. 82.3 y 85.2 E.T.).

No obstante esto último, si tuviera que hacer una valoración global del proceso de convergencia salarial, mi juicio sería altamente positivo por cuanto:

1º) Se ha abordado frontalmente, si bien prudentemente, una de las razones de la crítica a la institución de las E.T.T.: las diferencias retributivas por un mismo trabajo y el consiguiente riesgo de competencia de las E.T.T. en costos, abaratando los salarios de los trabajadores temporales.

2º) El proceso de convergencia ha contribuido sin duda a pacificar sindicalmente el sector.

3º) Puede contribuir indirectamente a que desaparezcan aquellas E.T.T. poco escrupulosas basadas en una política de bajos precios y en el pago de bajos salarios a sus trabajadores, propiciándose de esta manera una política de competencia en costes.

2.3. La seguridad y la salud laboral en las actuaciones de las E.T.T.

El tercero de los problemas suscitados por las E.T.T. viene referido a la seguridad y salud laboral. Ciertamente, las tasas de siniestralidad son muy altas, aunque no mayores que las que se producen entre trabajadores temporales contratados directamente por las E.U.

Estos problemas no se centran solamente en el necesario desarrollo reglamentario del art. 8 de la Ley 14/1994 sobre la exclusión de las E.T.T. en las actividades y trabajos peligrosos para la Seguridad o la Salud, aspecto sobre el que la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1999 ha modificado (art. 20.3.b) de la Ley 14/1994) en el sentido de entender que cada contrato de puesta a disposición formalizado para la realización de actividades y trabajos considerados reglamentariamente de especial peligrosidad constituye una infracción distinta.

En mi opinión, esta materia está necesitada de un acuerdo tripartito entre la patronal de E.T.T., la patronal de E.U. y los sindicatos mayoritarios, que debería extenderse a todos los aspectos de la prevención de riesgos laborales en orden a garantizar y hacer efectivas las obligaciones legales de la E.U. de informar suficientemente de los riesgos y de las medidas preventivas adoptadas y de la E.T.T. de proporcionar a los trabajadores temporales la formación suficiente respecto de los riesgos a los que vayan a ser expuestos, dado que se trata de obligaciones incumplidas en la práctica, debido fundamentalmente a la rápida dinámica con que se suceden este tipo de relaciones contractuales.

2.4. La formación de los trabajadores temporales

En cuarto lugar, habría que mencionar los problemas relativos a la formación de los trabajadores temporales.

Aunque hay E.T.T. que están trabajando seriamente en la formación de sus trabajadores, se trata, a mi juicio, de una cuestión fundamental, a partir de la que las

E.T.T. se podrán legitimar plenamente, no solo respecto de las E.U. en cuanto a la prestación de los servicios contratados, sino, sobre todo, respecto de la sociedad, ya que a más formación de los trabajadores temporales mayor calidad del servicio prestado por las E.T.T. y mayores posibilidades de empleo estable futuro para estos trabajadores.

En este sentido, las dificultades de cumplir con la ley que exige de la E.T.T. que proporcione a los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las E.U. una "formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional" son notorias.

Creo, también, que esta materia se encuentra necesitada de otro acuerdo tripartito entre las partes implicadas: patronal de E.T.T., patronal de E.U. y sindicatos mayoritarios, en orden a operativizar la formación de alguna manera.

2.5. Los derechos de representación de los trabajadores temporales

Por lo que se refiere a los derechos de representación de los trabajadores temporales, tanto respecto de las E.T.T. como respecto de las E.U., existe un déficit que preocupa seriamente a los sindicatos.

Se trata, sin embargo, de un problema de difícil solución dada la lógica temporalidad de las relaciones laborales de estos trabajadores, temporalidad, las más de las veces, de un mes o inferior a un mes.⁶

La ley 14/1994 guarda silencio acerca de los derechos de representación de los trabajadores temporales en las E.T.T. No obstante este silencio legal, regirán las normas del Estatuto de los Trabajadores acerca de la representación unitaria de los trabajadores y las de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical respecto de la representación sindical (disposición adicional primera Ley 14/1994).

6 Según datos de la Memoria del CES de 1997. Madrid. 1998, pág. 283.

Por su parte, los trabajadores temporales tendrán derecho a presentar todo tipo de reclamaciones (administrativas o judiciales, individuales o colectivas) a través de los representantes de los trabajadores de la E.U. en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral (art. 17.1 Ley 14/1994), si bien la ley se cuida de matizar que esta representación "adicional" no supondrá en ningún caso un aumento del crédito de horas laborales retribuidas de éstos.

2.6 Los principales defectos técnicos de la Ley 14/1994

Finalmente, es indudable que la Ley 14/94 posee graves defectos técnicos en una serie de cuestiones que no aclara. Así, por citar las más significativas: la delimitación de la causa del contrato de trabajo del trabajador temporal en relación con la del contrato de puesta a disposición, la duración de la eventualidad en el contrato de puesta a disposición, el alcance del poder de dirección empresarial de las E.U., el reparto del poder disciplinario, la suspensión contractual, el período de prueba y, sobre todo, la valoración de la legalidad de las cláusulas de los convenios de las E.U. prohibitivas o restrictivas de la utilización de E.T.T.

La causa del contrato de trabajo del trabajador temporal

El art. 10.1 de la ley 14/1994 señala que «*el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador para prestar servicios en la E.U. podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición*».

Dejando a un lado la contratación indefinida -«*rara avis*» en la práctica española, a no ser que se trate de un trabajador altamente cualificado-, la cuestión que se plantea es la de si el contrato de trabajo temporal a realizar por la E.T.T. con el trabajador temporal debe coincidir en causa y duración con el contrato de puesta a disposición celebrado entre E.T.T. y E.U. o solamente en cuanto a la duración, lo que supondría que la ley 14/94 habría creado una nueva modalidad de contratación sometida a condición resolutoria.

Un sector de la doctrina⁷ ha defendido esta segunda interpretación, basándose, entre otros argumentos, en la dicción literal de la ley, afirmando que se trata de obra o servicio determinado consistente en la misión.

A mi juicio, sin embargo, la correspondencia debe referirse no sólo a la duración sino también a su causa, dada la ratio legis pretendida: satisfacer en definitiva las necesidades temporales de las E.U. en el marco de una relación triangular interconectada entre E.T.T., E.U. y trabajador temporal. El art. 15.2 del R.D. 4/1995, que desarrolla la Ley 14/1994, establece en este sentido precisamente que en el contenido obligatorio del contrato de trabajo temporal deberá determinarse la «causa del contrato de puesta a disposición»

Piénsese en las consecuencias de una y otra tesis interpretativa de cara a la finalización del contrato temporal. En el primer caso, la extinción «*ante tempus*» del contrato de puesta a disposición por cualquier causa supondría la extinción automática del contrato de trabajo temporal, sin derecho a indemnización alguna para el trabajador. En el segundo caso, por el contrario, se trataría de un despido por causa objetiva con derecho a indemnización para el trabajador.

La duración de la eventualidad en el contrato de puesta a disposición

En cuanto a la duración de la eventualidad en el contrato de puesta a disposición, el problema que se plantea es el de si una mayor duración de la eventualidad pactada en el convenio colectivo de la E.U. (con el tope máximo de 13 meses y medio) sería aplicable a los contratos de puesta a disposición basados en la eventualidad en la E.U.

7 Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.- Las empresas de trabajo temporal en España. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 107 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.- La contratación de trabajadores a través de E.T.T. Actualidad Laboral, 1996, nº 1/2, pág. 11; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.- La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada. Relaciones Laborales, nº 6, julio, 1996, págs. 29 y ss.

La jurisprudencia (S.T.S. de 3 de junio de 1996. Ar/4873) ha dejado claro que el art. 7.1 de la ley 14/94 -con carácter imperativo y no susceptible de negociación colectiva, por tratarse de materia mercantil que afecta al contrato mercantil de puesta a disposición entre la E.T.T y la E.U.- establece taxativamente que *«la duración máxima del contrato de puesta a disposición será de seis meses en el supuesto previsto en la letra b) del artículo anterior»* (eventualidad), no siendo aplicable en ningún caso el convenio colectivo de la E.U.

A mi juicio, sin embargo, siendo coherente con mi interpretación teleológica anterior acerca de la causa de los contratos laborales temporales en relación con la de los contratos mercantiles de puesta a disposición, basada en el carácter triangular de estas relaciones, debo criticar lo dispuesto en la ley 14/1994, que debería haber permitido ampliar el contrato de puesta a disposición y, por ende, el contrato temporal de la E.T.T. con el trabajador temporal en el caso de que el convenio colectivo de la E.U. ampliara el plazo de la eventualidad de la contratación laboral directa.

El poder de dirección empresarial

En cuanto al poder de modificación contractual, el art. 15.1 de la ley 14/94 atribuye a la E.U. *«las facultades de dirección y control de la actividad laboral»* mientras dure la misión. Nada se dice acerca de la movilidad funcional, de la movilidad geográfica o de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Con lo que la duda que se plantea es la de si estas movilidades y modificaciones quedan dentro o no del poder de dirección de la E.U.

Tengo mis dudas acerca de que tales facultades entren en el poder de dirección empresarial de la E.U., por dos razones:

1º) En primer lugar, por ser decisiones que van más allá del poder de dirección entrando en la modificación de condiciones del contrato. La movilidad funcional del art. 39 del E.T. más dudosamente, pero claramente la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo, pudiendo, en caso de ilicitud de las mismas, exigir el trabajador indemnizaciones que debería abonar la E.T.T.

2º) Por otra parte, la ley 14/94 obliga a las E.T.T. a dar formación «suficiente y adecuada a las características del puesto a cubrir» (art. 12.2), especialmente en cuanto a la seguridad y salud laboral, pareciendo indicar todo ello que al trabajador temporal se le contrata para una misión concreta en un puesto de trabajo concreto sin posibilidad de modificación sustancial alguna, salvo que expresamente se hubiera pactado otra cosa en el contrato individual de trabajo.

El II Convenio Estatal de E.T.T., sin embargo, regula estas cuestiones en el capítulo V, donde atribuye tales facultades a la E.U., con la única obligación de «ponerlo en conocimiento de la E.T.T. con la máxima diligencia y celeridad posible» (art. 23).

El reparto del poder disciplinario

En cuanto al poder disciplinario, la fórmula legal -aunque de difícil alternativa ya que es la misma que utiliza la legislación comparada sobre E.T.T. o la legislación española sobre el parecido supuesto de la contratación de estibadores portuarios- no es ciertamente feliz, pudiendo plantear problemas en la práctica, ya que la tendencia natural de la E.U. será la de considerar que el trabajador temporal ha incumplido sus obligaciones contractuales a efectos sancionatorios y, sobre todo, de despido y la de la E.T.T. será justamente la contraria puesto que, de despedir improcedentemente, será ella quien pague la indemnización correspondiente.

En la práctica, estas cuestiones se resuelven normalmente por razones comerciales, por la vía de hecho de la siguiente manera: La E.T.T. acepta la devolución del trabajador temporal que a la E.U. no le agrada y se hace cargo de las obligaciones salariales respecto del mismo o, mejor, llega a un pacto ilegal con él, indemnizándole o no, con promesa de nuevas misiones o contrataciones.

Por otra parte, el convenio colectivo aplicable en materia de faltas y sanciones será el de la E.T.T. y no el de la E.U., aunque el incumplimiento contractual se hubiera producido en esta última. Las consecuencias de esta situación son obvias: Una misma infracción puede conllevar sanciones distintas según se trate de

trabajadores directos -sometidos al convenio colectivo de la E.U.- o de trabajadores temporales -sometidos al convenio colectivo de la E.T.T.-.

La suspensión contractual

En cuanto a la suspensión contractual, ante el silencio de la ley 14/94, en aplicación de la normativa laboral común (Disposición Adicional Primera Ley 14/1994), la situación del trabajador temporal probablemente será la siguiente: a) El trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por las causas previstas en el art. 45 del E.T., ausentándose justificadamente de la E.U. por el tiempo que dure la situación suspensiva, con derecho de reserva de plaza. b) En el interín, la E.T.T. deberá proporcionar a la E.U. otro trabajador, con base en un nuevo contrato de puesta a disposición o con base en el primitivo, de haberlo previsto expresamente.

En el bien entendido de que el trabajador temporal mantiene su derecho de reserva de plaza que, de no respetarse, implicará un despido improcedente, con derecho a la consiguiente indemnización.

El II Convenio Colectivo Estatal regula con dudosa legalidad la suspensión contractual, añadiendo otras causas de suspensión del contrato de trabajo del trabajador temporal a las previstas en el art.45 del E.T., referidas al disfrute de vacaciones del personal de la E.U. y al cierre total o parcial de instalaciones, sin derecho al salario.

El período de prueba

En cuanto al período de prueba, ante el silencio de la ley 14/94, resultará igualmente de aplicación supletoria el art. 14 E.T. (Disposición Adicional Primera Ley 14/94).

Ahora bien, el pacto de prueba podrá considerarse nulo y se tendrá por no puesto (art. 14.1 del E.T.) cuando se trate de la misma misión o de una misión equivalente en la misma empresa usuaria, siempre que no medie entre una y otra

misión un período de tiempo suficientemente importante. En este sentido, el art. 17 del II Convenio Colectivo Estatal establece el período de 12 meses.

La legalidad de las cláusulas convencionales prohibitivas o restrictivas de utilización de las E.T.T.

Finalmente, en cuanto a las cláusulas convencionales prohibitivas o restrictivas de la utilización de E.T.T. por parte de las E.U., han sido frecuentes en los últimos años cláusulas pactadas en los convenios colectivos sectoriales de las E.U., bien recomendatorias, bien imperativas, prohibiendo absolutamente o restringiendo la utilización de aquellas E.T.T. no integradas en el Convenio Colectivo Estatal.

Nada que objetar a las cláusulas recomendatorias, constitutivas de un boicot sindical lícito a las E.T.T. o a parte de ellas.

Las cláusulas imperativas son, a mi juicio, por el contrario, de dudosa legalidad y lesividad grave de intereses de terceros:

a) En cuanto a su legalidad:

1) Por haberse excedido un convenio colectivo (sectorial o de empresa) del ámbito material posible de la negociación colectiva laboral, al afectar a la contratación mercantil entre E.T.T. y E.U.

2) Por haberse excedido la representación negociadora de los convenios colectivos sectoriales de las facultades representativas atribuidas legalmente al afectar tales cláusulas a E.T.T. y trabajadores temporales ajenas al sector, no representados por las partes contratantes.

3) Por su discutible constitucionalidad desde la perspectiva de la libertad de empresa, en el sentido de libertad de contratación de las E.U. del sector afectadas.

4) Por el posible atentado contra la ley 14/94, de naturaleza imperativa absoluta, que reconoce a todas las empresas potencialmente usuarias la posibilidad de contratar con E.T.T. sus servicios.

5) Por la posible conculcación por parte de las cláusulas restrictivas de la ley 16/89, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

6) Por su discutible constitucionalidad desde la perspectiva de la libertad de empresa, en el sentido de libertad de actuación empresarial de las E.T.T.

b) En cuanto a su lesividad cabría plantear la posible aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada en la S.T.S. de 15/marzo/1993 (Ar/966). En ella se defiende que la lesividad es una causa distinta de la ilegalidad que se produce cuando:

1) Existe un tercero lesionado. En este caso, terceros lesionados serían la E.T.T. y los trabajadores temporales, dado que ambos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de los convenios colectivos.

2) Existe una lesión grave aunque sea potencial. En este caso existe un daño real y grave, concretable en el perjuicio ocasionado a las E.T.T. y a sus trabajadores, al impedirles o limitarles su libertad de empresa en el sentido de libre actuación empresarial, cuando se trate de cláusulas prohibitivas o limitativas, o en el sentido de libre competencia, cuando se trate de cláusulas limitativas.

3) Existe un interés jurídicamente protegido. En este caso, el interés protegido jurídicamente por la Ley 14/1994, legalizadora y reguladora de la actuación de las E.T.T. en el mercado laboral.

4) No existen otros mecanismos reparadores del daño producido distintos de la nulidad de las cláusulas convencionales. En este caso es evidente que el daño producido por las cláusulas convencionales resulta de imposible reparación si no es declarando la nulidad por lesividad de tales cláusulas.

c) Y no parece que pueda admitirse la validez de estas cláusulas, por la vía de considerarlas un boicot a las E.T.T. Y ello por las siguientes razones:

1ª) Por no existir voluntariedad en los presionados (las E.U. del sector), tratándose de un convenio colectivo estatutario de eficacia normativa general y, por ello, obligatoriamente aplicable.

2ª) Porque produce un daño desproporcionado sobre las E.T.T., debiendo aplicarse en este sentido la doctrina del «*abuso de derecho*» que el Tribunal Constitucional aplica al derecho fundamental de huelga, con mayor motivo aplicable a un derecho no fundamental.

3ª) Porque no es admisible un boicot ofensivo, sino sólo aquel boicot de respuesta a una ilegalidad empresarial, aquí en principio inexistente.

En cualquier caso, no me cabe duda de que se está avanzando rápidamente en la solución de estos problemas y que, dentro de unos años, una vez saneados éstos problemas, la contratación a través de las E.T.T. podrá parecer tan normal como la contratación laboral directa.

LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN ESPAÑA. EL DERECHO POSITIVO

Pilar Vicente Sanz
Abogado, Dirección General del Trabajo de España
Madrid, octubre de 1998

Como saben nuestra regulación de la materia es reciente, apenas cuatro años. Todo empezó con la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE del 2 de junio) y con su desarrollo reglamentario aprobado por el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero (BOE del 1 de febrero); por último el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral deroga la Disposición Adicional Segunda de la Ley 14/1994 que prevé que los órdenes jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre los empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de puesta a disposición. Tal norma adjetiva pasa a integrar el texto del mencionado Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

No obstante, ya el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de Empleo (BOE del 7 de diciembre) en su artículo 2 anunciaba la regulación de las ETT'S, posponiéndola a una Ley (la anteriormente citada) y previendo que la cesión de trabajadores sólo podría efectuarse por las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas.

Otras previsiones importantes de este precepto son:

◇ De una parte, el establecimiento de la responsabilidad solidaria en materia de deudas salariales y de Seguridad Social de todos los empresarios que actúen sin

la preceptiva autorización administrativa, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan.

◇ Por otro lado, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido, pueden optar entre adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la cesionaria.

En el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE del 29) se incorpora este precepto del Decreto-Ley, en el artículo 43, cuyo contenido anterior- que prohibía la cesión de trabajadores, quedó derogado por dicha norma urgente, que incorporaba a su texto dispositivo la nueva regulación permisiva de tal interposición en el contrato de trabajo.

La exposición de Motivos de la Ley de ETT'S reconoce la necesidad de regulación de esta actividad y la justifica por razones económicas *«no puede olvidarse que el mercado de trabajo español no debe, ni puede, funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en la Unión Europea, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables»*.

Ya en la propia Exposición de Motivos se vislumbran ciertos recelos del legislador frente a esta actividad - recelo que es común, por otra parte, en todas las legislaciones - así pues, se declara el legislador convencido *«de que los riesgos que se han imputado a las ETT'S no derivan necesariamente de la actividad que realizan sino, en todo caso, de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo capaces de eludir sus obligaciones laborales y de Seguridad Social ...»*.

Por último la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su Capítulo III, artículo 28 establece las medidas particulares a adoptar con los trabajadores sujetos a relaciones laborales de carácter temporal con mención específica de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal.

I. Concepto legal de ETT'S

Se denomina empresa de trabajo temporal, dice el texto legal, aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

Junto al concepto la Ley establece la necesidad de tener autorización administrativa para ejercer la actividad de empresa de trabajo temporal.

En este punto me gustaría mencionar, o mejor, resaltar una de las diferencias entre empresas de trabajo temporal y agencias de colocación.

Ambas tienen en común algún aspecto: ambas realizan actividades de intermediación en el mercado de trabajo, necesitan de autorización administrativa, etc., pero una de las diferencias más importantes entre ambas figuras es la siguiente:

La ETT contrata a trabajadores para cederlos a la empresa usuaria, mientras que las agencias de colocación se limitan a poner en contacto a los trabajadores que demandan empleo con las empresas que lo ofertan.

Quisiera recordarles en este punto que el monopolio que hasta ahora tenía el servicio público de empleo, el INEM, desapareció con la nueva regulación que del ingreso en el trabajo se efectuó por el Real Decreto-Ley de diciembre de 1993, que antes cité.

Así pues, la mencionada norma de urgencia, con posterioridad llevada a Ley (Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación),

y hoy incorporada al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículo 16) permite la existencia de agencias de colocación sin ánimo de lucro (remarco aquí otra de las diferencias de éstas con las ETT'S).

El Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, (BOE del 8) regula las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, aspectos ambos muy interesantes y ciertamente novedosos en la actividad de intermediación en el mercado de trabajo.

2. Requisitos de las ETT'S para alcanzar la autorización administrativa para el inicio de la actividad

Pueden constituir una empresa de trabajo temporal tanto las personas físicas, como las jurídicas y, asimismo, las Cooperativas. En mi experiencia como gestora de esta actividad no ha habido ningún caso de persona física ni de cooperativa, y entre las autorizadas la mayoría son Sociedades Anónimas. De entre las de tamaño pequeño, la mayoría son sociedades limitadas.

Requisitos:

2.1. Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como ETT

Para acreditar documentalmente este requisito, la ETT debe aportar una memoria de la estructura organizativa detallada por centros de trabajo, y los documentos acreditativos de que ha abierto tales centros de trabajo; se trata de la comunicación de apertura del centro de trabajo, y de su inscripción en Seguridad Social.

El cumplimiento de este requisito es especialmente importante ya que la autorización administrativa se circunscribirá exclusivamente al ámbito geográfico en el que la ETT haya acreditado que tiene tal estructura.

2.2 Dedicación exclusiva a la actividad de ETT'S

La acreditación de este requisito tiene lugar mediante la aportación de una copia auténtica de la escritura de constitución de la Sociedad y de sus Estatutos.

Las ETT'S que hasta la Ley venían ejerciendo la actividad optaron mayoritariamente por una modificación de sus estatutos sociales en un doble sentido: cambio del objeto social y adecuación a la Ley y cambio de la denominación social; hasta entonces como la actividad estaba prohibida tenían camuflado el objeto social en las más curiosas y conexas o no actividades (selección, realización de servicios generales etc.). Pocas de las empresas optaron por constituir una sociedad «ex novo», produciéndose esta circunstancia sobre todo en las ETT'S que forman parte de un grupo de empresas.

2.3. Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter fiscal o de Seguridad Social

La forma documental de acreditación de este requisito consiste en aportar sendos certificados de la Agencia Tributaria Estatal o de la Foral, en su caso, y de las correspondientes Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social respecto de todos los códigos de cuenta de cotización.

2.4. Garantía financiera

Las ETT'S deben constituir una garantía en favor de la administración laboral que va a resolver el expediente. Tal garantía responderá de las deudas salariales, de las deudas por indemnizaciones económicas derivadas de los contratos de puesta a disposición y de las deudas de seguridad social.

El importe mínimo es 25 veces el salario mínimo interprofesional vigente en cómputo anual en la fecha de la solicitud. Para 1998 la cuantía mínima es de 23.814.000 pesetas.

Algunas cuestiones importantes a destacar sobre la garantía son las siguientes:

Instrumento:

- Aval o fianza de carácter solidario de banco, caja de ahorro, cooperativa de crédito o sociedad de garantía financiera. El 99% de las ETT'S autorizadas han optado por este sistema.
- Póliza de seguros contratada al efecto. El único supuesto en el que se aportó este instrumento se hizo mediante seguro de caución a favor de la Administración.
- Depósito en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos.

Plazo de garantía:

La característica más importante de la garantía financiera es que no ha de estar sometida a plazo alguno.

En un primer momento de confusión se relacionó la garantía financiera con el otro control de duración temporal de la autorización (la primera se concede por un año) y se pretendió limitar la garantía a este período. Sin embargo, se trata de dos controles totalmente independientes y es evidente que con una garantía con duración temporal no se cumplen las previsiones legales, ya que las obligaciones garantizadas están sujetas a períodos superiores de prescripción que, además, pueden estar sometidas a continuas interrupciones en los supuestos previstos en el Código Civil y demás normas concordantes.

La garantía financiera inicial es la misma para todas las empresas al margen del volumen de actividad que tenga y de la estructura organizativa con la que cuente; sin embargo, para la primera o segunda prórroga y en la autorización de carácter indefinido, tal garantía debe actualizarse y alcanzar el 10% de la masa salarial, es decir, del conjunto de retribuciones salariales y extrasalariales devengadas por todos los trabajadores cedidos. En ningún caso tal cuantía puede ser inferior 25 veces el SMI en cómputo anual.

La norma establece, asimismo, los conceptos excluidos de la masa salarial: cotizaciones a la Seguridad Social, prestaciones de Seguridad Social, indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo y suplidos por gastos que hubieran realizado los trabajadores.

2.5. Otro requisito para la autorización es que la empresa no haya sido sancionada con suspensión de la actividad en dos o más ocasiones.

2.6. Y, por último, la denominación social de la empresa debe incluir las palabras «empresa de trabajo temporal».

3. Competencias en la materia de las distintas Administraciones

A este respecto existen tres niveles de competencias:

La Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales o el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando el ámbito de actuación de la ETT va a circunscribirse a una sola provincia.

La Comunidad Autónoma cuando tenga transferidas las competencias en materia de ejecución de la legislación laboral, y el ámbito de actuación de la ETT corresponda a más de una provincia de la misma Comunidad Autónoma. (A estas fechas tienen competencias en la materia todas las Comunidades Autónomas a excepción de Asturias).

La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales cuando el ámbito geográfico de la ETT corresponda a más de una Comunidad Autónoma, (Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, modificado en 1997).

4. *Ámbito temporal de la actuación*

La primera autorización se concede por un año desde la notificación de la resolución de tal autorización. El silencio administrativo en la autorización inicial tiene efectos denegatorios. La autoridad laboral tiene tres meses para resolver.

Con una antelación mínima de tres meses a la expiración de ese primer año de concesión, ha de solicitarse la preceptiva prórroga que de nuevo se concederá por un año. Lo mismo ocurre para la segunda prórroga y a partir de la finalización de ésta la autorización ya es indefinida. No obstante esta concesión de autorización por tiempo indefinido, cada año, en el primer trimestre la ETT ha de actualizar la garantía financiera al 10% de la masa salarial (o el límite mínimo de 25 veces el SMI el cómputo anual).

En octubre de 1998 el 70% de las ETT'S autorizadas han conseguido ya la autorización definitiva.

El silencio administrativo en el caso de las prórrogas tiene efectos positivos.

El desarrollo reglamentario de la Ley establece, asimismo, el procedimiento de autorización para el reinicio de actividades para los siguientes supuestos:

- cuando la ETT haya sido sancionada con la suspensión de actividades por haber incurrido en la reincidencia con la comisión de infracciones tipificadas como muy graves.
- cuando la ETT no hubiera realizado la actividad durante un año ininterrumpido que provoca la extinción de la autorización.
- cuando expirado el plazo de vigencia de la autorización, no se hubiera solicitado la correspondiente prórroga.

5. El contrato de puesta a disposición

5.1. Concepto legal

El contrato de puesta a disposición es uno de los aspectos más característicos y específicos de la regulación de las ETT. Es el contrato celebrado entre la ETT y la empresa usuaria que tiene por objeto *la cesión del trabajador* para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido el trabajador.

5.2. Supuestos de celebración:

Cuando se trata de satisfacer *necesidades temporales* de la empresa usuaria en los siguientes supuestos:

- Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es en principio de duración incierta.
- Para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.
- Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción.

5.3. Duración del contrato de puesta a disposición

Cuando el contrato de puesta a disposición se celebra para la realización de una obra o servicio, la duración del contrato coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el contrato; lo mismo ocurre cuando el contrato de puesta a disposición tiene lugar para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.

Si el contrato de puesta a disposición se celebra para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, la duración máxima del contrato de puesta a disposición será de seis meses; será tres meses la duración máxima del contrato cuando sea para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección.

La Ley prevé que si el trabajador sigue prestando servicios en la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición, quedará vinculado a la misma por un contrato indefinido.

Asimismo, establece la nulidad radical de la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición.

5.4. Exclusiones

Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición:

- Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.
- Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o salud, se determinen reglamentariamente. Este desarrollo reglamentario todavía no se ha producido; no obstante, y puesto que acaba de promulgarse la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Promoción de Riesgos Laborales (BOE del 10), en dicho marco legal es previsible que tenga lugar el citado desarrollo reglamentario para determinar las actividades especialmente peligrosas a este respecto.
- Cuando en los doce meses anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretenden cubrir por:
 - despido improcedente
 - despidos colectivos (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores)
 - cuando la extinción del contrato se haya producido por voluntad del trabajador por las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

- modificación sustancial en las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.
 - falta de pago o retrasos en el abono de los salarios.
 - cualquier incumplimiento grave en las obligaciones del empresario, o la negativa a reintegrar al trabajador en determinados supuestos previstos legalmente art. 40 y 41 del Estatutos de los Trabajadores (movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, respectivamente)
 - cuando se pretenda cubrir un puesto de trabajo que previamente se ha amortizado por causas objetivas (artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores)
- Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

6. Relaciones del trabajador con la ETT y con la empresa usuaria

6.1. Relación del trabajador con la ETT

En la relación triangular ETT -trabajador- Empresa Usuaria el nexo nuclear en dicha relación es el trabajador.

a) Modalidades de contratación

Entre la ETT y el trabajador tiene lugar una relación laboral que se expresa en un contrato de trabajo que puede concertarse:

- por tiempo indefinido, en este caso la ETT debe entregar al trabajador la correspondiente orden de servicio cada vez que preste servicio en una usuaria.

- por duración determinada coincidente con el contrato de puesta a disposición; así pues en este caso el contrato de trabajo se celebrará en las siguientes modalidades:
 - Obra o servicio determinado.
 - Eventual por circunstancias de la producción.
 - De interinidad:
 - para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo.
 - para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

La regulación de estos contratos está en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el mencionado artículo.

b) Forma y duración de los contratos de trabajo de los trabajadores cedidos por las ETT'S

La duración de los contratos de trabajo puede ser:

- Indefinida, en cuyo caso la ETT debe entregar al trabajador cada vez que preste servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio.
- Duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición y por lo tanto:
 - Obra o servicio determinado. La duración del contrato coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el contrato.
 - Eventual por circunstancias de la producción. La duración máxima en este supuesto será de seis meses en un período de doce meses.

Es preciso resaltar que en este caso seis meses es el límite máximo de la duración del contrato de trabajo para los trabajadores cedidos de las ETT'S, no siendo aplicable a las empresas de trabajo temporal la posibilidad de modificar dicha duración máxima por la vía de la negociación colectiva, prevista con carácter general en el artículo 3.2.c) del Real Decreto 2546/1994, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET y ello por la aplicación específica de la regulación prevista en la Ley de ETT'S.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha dejado sin efecto la previsión que contenían algunos Convenios Colectivos de empresas de trabajo temporal de que la duración máxima en este supuesto pudiera ampararse si el Convenio de la empresa usuaria contemplaba esta posibilidad.

Asimismo, el BOE del 13 de octubre de 1995, publicaba el acta de conciliación celebrada entre ELA-STV y GEESTA (Asociación de Empresas de Trabajo Temporal), CCOO. y UGT ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que acuerdan las partes suprimir la parte final del párrafo tercero del artículo 14.2 del Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal, que preveía la posibilidad de establecer la duración del contrato de trabajo superior a los seis meses, en función de lo previsto en el Convenio aplicable a la empresa usuaria.

- De interinidad.
- Para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto. La duración será la del tiempo durante el cual subsista el derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual.
- Para cubrir temporalmente un puesto de trabajo mientras dure el proceso de selección. La duración máxima será de tres meses.

c) Derechos de los trabajadores cedidos respecto de las empresas de trabajo temporal

De los trabajadores contratados por tiempo determinado:

- Ser remunerados según el puesto de trabajo a desarrollar, de acuerdo con el Convenio Colectivo sectorial o, en su defecto, según el Convenio de la empresa usuaria. La remuneración debe incluir, en su caso, la parte proporcional de pagas extraordinarias, festivos y vacaciones.
- Recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por cada año de servicio.

A los trabajadores contratados por tiempo indefinido se les aplicará la normativa de carácter general.

d) Obligaciones de la empresa de trabajo temporal con los trabajadores cedidos.

- El cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social.
- Destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de dichos trabajadores (los cedidos a las empresas usuarias), debiendo recibir estos trabajadores formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir.

Es nula toda cláusula del contrato que obligue al trabajador a pagar a la ETT cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.

6.6.2. Relación del trabajador con la empresa usuaria

a) Funciones de dirección y control

- Las facultades de dirección y control de la actividad laboral del trabajador cedido son ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

- Además, y sin perjuicio del ejercicio de la empresa de trabajo temporal de la facultad disciplinaria atribuida por el artículo 58 del ET, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes.

b) Obligaciones de la empresa usuaria para con los trabajadores cedidos a las mismas.

- Informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo y de las medidas de protección y prevención contra los mismos. Ha de señalarse sobre este aspecto la regulación prevista en el artículo 28 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que incide en esta materia.
- Es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de las prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tengan lugar en su centro de trabajo y traigan su causa en la falta de medidas de seguridad e higiene.
- Responder *subsidiariamente* de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por la ETT con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Esta responsabilidad es *solidaria* si dicho contrato de puesta a disposición se ha realizado para supuestos diferentes de los previstos por la Ley, y en los casos excluidos por la misma.

c) Derechos de los trabajadores cedidos en las empresas usuarias

- A presentar las reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria.
- A utilizar el transporte y las instalaciones colectivas de la empresa usuaria.

7. Infracciones y sanciones específicas en la materia

7.1. Infracciones de las empresas de trabajo temporal

Leves

- No cumplimentar, en los términos previstos en el R.D. 4/1995, de 13 de enero, el contrato temporal o el contrato de puesta a disposición.
- No incluir en la publicidad de sus actividades u ofertas de empleo su identificación como empresa de trabajo temporal y el número de autorización.

Graves

- No formalizar por escrito los contratos de trabajo o contratos de puesta a disposición.
- No remitir a la autoridad laboral competente la información mensual sobre los contratos de puesta a disposición o no comunicar la actualización anual de la garantía financiera.
- Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en la Ley.
- No destinar a la formación de los trabajadores temporales el 1% de la masa salarial.
- Cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.

Muy Graves

- No actualizar el valor de la garantía financiera, cuando se haya obtenido una autorización administrativa indefinida.
- Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.

7.2. Infracciones de las empresas usuarias

Leves

- No cumplimentar, el contrato de puesta a disposición en los términos previstos en el R.D. 4/1995.

Graves

- No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.
- Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en la Ley.
- Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por los trabajadores puestos a su disposición de los derechos establecidos en la Ley.
- La falta de información al trabajador temporal en los términos previstos en la Ley.

Muy Graves

- Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.
- La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.
- Por otra parte, merece mención señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 96.2 del E.T. es infracción *muy grave* la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente.

Asimismo, la recientemente promulgada Ley de Prevención de Riesgos Laborales tipifica como infracción grave:

“El incumplimiento del deber de información a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores con relaciones de trabajo temporales, de duración determinada o proporcionados por empresas de trabajo temporal» (artículo 47.17).

La sanción que corresponde a dicha infracción es la siguiente:

Grado mínimo: de 250.001 a 1.000.000 pesetas

Grado medio: de 1.000.001 a 2.500.000 pesetas

Grado máximo: de 2.500.001 a 5.000.000 pesetas

7.3. Sanciones

De acuerdo con lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, calificadas las infracciones, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida.

Las sanciones podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo:

Las faltas leves se sancionarán con multa,

en su grado mínimo de 5.000 a 10.000 pesetas

en su grado medio de 10.001 a 25.000 pesetas

en su grado máximo de 25.001 a 50.000 pesetas

Las faltas graves se sancionarán con multa,

en su grado mínimo de 50.001 a 100.000 pesetas

en su grado medio de 100.001 a 250.000 pesetas

en su grado máximo de 250.001 a 500.000 pesetas

Las faltas muy graves se sancionarán con multa,

en su grado mínimo de 500.001 a 2.000.000 pesetas

en su grado medio de 2.000.001 a 8.000.000 pesetas

en su grado máximo de 8.000.001 a 15.000.000 pesetas

Existe reincidencia, con carácter general, cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza.

Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en los apartados anteriores podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder en ningún caso del tope máximo de 15.000.000 de pesetas.

La reincidencia de la empresa de trabajo temporal en la comisión de infracciones tipificadas como *muy graves* en la Ley 14/1994, puede dar lugar a la suspensión de actividades durante un año.

ANTECEDENTES PARA UN ESTUDIO CUANTITATIVO DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES

*Martín Hernández V.
SubJefe Departamento de Fiscalización
Dirección del Trabajo*

1. Introducción

La investigación sobre suministro de trabajadores en Chile se ha desarrollado de acuerdo con una rigurosa metodología cualitativa que permite detectar y caracterizar las diversas modalidades o "tipos" de suministro que se presentan en la realidad nacional.

Aunque la información cualitativa es suficiente para alimentar una discusión de carácter jurídico o legislativo sobre el tema, pues parece obvio que la importancia de una norma no deriva tan sólo de la cantidad de hechos sociales por ella comprendidos, para los efectos del desarrollo de políticas públicas, y especialmente para las actividades de fiscalización que lleva a cabo la Dirección del Trabajo, se hace sentir la necesidad de contar con estudios de carácter cuantitativo que permitan dimensionar el peso que tiene cada uno de esos tipos en las diversas regiones del país y en las distintas ramas de la actividad económica.

Sin embargo, la única información estadística disponible hasta el momento corresponde a la encuesta realizada por la Sociedad de Fomento Fabril entre sus asociadas en agosto de 1998; encuesta según la cual el 5,2% de los trabajadores de esa muestra de industrias corresponde a trabajadores suministrados por terceros.

El propósito de este documento es hacer una breve síntesis del contexto en que se encuentran los antecedentes acerca de los trabajadores suministrados, presentar la escasa información cuantitativa disponible sobre Chile y sintetizar información correspondiente a tres países en los que el trabajo suministrado tiene diversos niveles de desarrollo (España, Estados Unidos y Francia), con vistas a desarrollar, a modo de conclusiones, ideas sobre las características que debe tener la recolección de información cuantitativa acerca del trabajo suministrado en Chile.

No se trata de sintetizar el mismo tipo de información para todos los países, lo que sólo conduciría a confundir más el asunto, sino de caracterizar problemas diferentes, aprovechando las particularidades de la información obtenida.

Así, el caso español permite ilustrar con cierto detalle el proceso de crecimiento del trabajo suministrado y de las actividades en que se inserta. Con este antecedente es posible valorar mejor las cifras parciales de que se puede disponer respecto a Chile.

La información correspondiente a los Estados Unidos ayuda a una mejor comprensión del fenómeno del trabajo suministrado y su delimitación con otras formas de lo que en ese país denominan "trabajo contingente". Cualquiera que sea la forma en que se proceda a recoger información cuantitativa sobre este fenómeno, la discusión norteamericana es un punto de referencia obligado.

Por su parte, la información sobre Francia introduce un aspecto sustancial y polémico que muchas veces en el curso de la investigación realizada por la Dirección del Trabajo¹ apareció argumentado por los actores sociales en uno u otro sentido; esto es, si el trabajo suministrado constituye una forma de integración al mercado laboral para sectores más desfavorecidos (jóvenes, amas de casa, jubilados) o un circuito aparte que incrementa las desigualdades. Sin importar si la realidad chilena se asemeja a la francesa o se diferencia de ella en este asunto, el método utilizado debería ser rescatado en cualquier estudio cuantitativo.

1 Echeverría et alii. *El Otro Trabajo*, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, Santiago, 1998

No puede dejarse de lado el hecho que en los tres países estudiados el trabajo suministrado tiene existencia legal, circunstancia que facilita su análisis cuantitativo. La investigación realizada en Chile muestra la existencia de una gran variedad de fenómenos y de formas "anómalas" del suministro de trabajadores que hacen más difícil su cuantificación y sugieren la necesidad de programar rigurosamente la obtención de información.²

2. *Nuevas formas de relación laboral*

Desde hace algunos años se discute en los medios laborales, jurídicos y académicos las transformaciones que sufre la relación laboral en las décadas finales del siglo dando paso a lo que se considera, con diversas denominaciones, como formas de empleo distintas de las clásicas; entendiéndose por forma de empleo asalariado clásica del capitalismo desarrollado una relación laboral entre un trabajador y un solo empleador, la cual es de tiempo completo, permanente (o al menos de larga duración) y se desarrolla cinco a seis días por semana en un lugar que no es la vivienda del trabajador:

"...la relación laboral típica, al menos desde que surgieron las empresas industriales de producción en serie, ha sido el empleo en régimen de plena dedicación y por tiempo indefinido, con un único empleador que es el responsable primordial de las condiciones de trabajo. Bien es verdad que esa relación laboral típica nunca llegó a hacerse extensiva a todos los puestos de trabajo, pero hasta hace poco tiempo fue la forma de empleo dominante en las empresas de producción en serie, las comunicaciones, los transportes, el comercio mayorista y servicios tales como los seguros y la banca, particularmente para los trabajadores de edad superior a los treinta años..."³

2 Pese a esa variedad de formas "anómalas", en este estudio la expresión "suministrado" se refiere exclusivamente a trabajadores provistos por una ETT.

3 Carnoy, M., Castells, M. Y Benner, C. *Mercados laborales y formas de empleo en la era de la flexibilidad. Estudio monográfico de Silicon Valley*. En OIT, *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 116, Número 1, Ginebra, 1997, págs. 29-30

La emergencia de estas nuevas formas de relación laboral ha dado pie a la formulación de análisis que consideran el fenómeno como irreversible, en tanto lo atribuyen a los efectos del progreso técnico más que a procesos sociales. Tal vez la más conocida de estas formulaciones es la de Rifkin⁴, para quien la revolución tecnológica sustituye a los hombres por máquinas en la producción y llevará a la civilización a situaciones cada vez más próximas a la desaparición del trabajo pues será necesario un número cada vez menor de trabajadores para producir los bienes y servicios necesarios. A juicio de Rifkin, la volatilidad y competitividad de la economía, en el marco de la revolución tecnológica, no sólo disminuyen la necesidad del trabajo sino que también cambian su naturaleza: obligan a las empresas a reducir sus plantillas por la vía de, primero, contratar trabajadores temporales a los que se puede despedir con suficiente rapidez (no sólo un inventario just-in-time sino también una plantilla just-in-time), y segundo, contratar proveedores externos para los bienes y servicios que tradicionalmente producían ellas mismas, lo que adicionalmente les permite disminuir la influencia de los sindicatos⁵.

La OIT ha salido al paso de estas predicciones catastrofistas, que tienen evidentemente el sentido de convocar a los trabajadores que tienen un empleo estable a “proteger su empleo”, aceptando como inevitable cualquier deterioro de sus condiciones laborales. A juicio de ese organismo, tanto el fantasma de la desaparición del trabajo como el del término del empleo en su forma clásica son extrapolaciones injustificadas⁶ y hay evidencia que tanto el fenómeno del desempleo cuanto el de las nuevas modalidades de relación laboral guardan relación con el ciclo económico, particularmente con la aminoración del crecimiento económico desde mediados de los setenta.

Situada en su contexto social la emergencia de estas nuevas formas de relación laboral distintas de las clásicas, la OIT ha abordado sin mayor éxito en los últimos años el problema de cómo proteger a esos trabajadores. Sin embargo, estas nuevas

4 Rifkin, Jeremy. *El fin del trabajo*, Paidós, Buenos Aires, 1996

5 Rifkin, *Op. Cit.*, pág. 230

6 OIT. *El empleo en el mundo 1996/97*. Ginebra, 1996, pág. 32

formas de relación laboral envuelven situaciones tan distintas que no es extraño que el esfuerzo por abordarlas en su conjunto haya dado origen a importantes confusiones conceptuales⁷.

Esta confusión conceptual y el impasse a que ha llegado en la OIT la discusión sobre el trabajo en régimen de subcontratación, obedecen, a nuestro juicio, no sólo a los importantes intereses puestos en juego sino también a que la novedad del fenómeno no ha permitido reunir y desglosar la información adecuada como para analizar cada uno de ellos por separado. Así, la elección de España, Estados Unidos y Francia como países a estudiar en este artículo no obedece a una predilección particular sino a que se trata de aquellos países para los que obtuvimos mejor información sobre el trabajo suministrado.

En la generalidad de los países, los informes estadísticos de amplia circulación no separan cada una de las categorías que se puede distinguir dentro de estas nuevas formas de relación laboral e incluso tienden a confundir en un mismo nivel trabajo a tiempo parcial y trabajo temporal⁸ o bien privilegian el análisis conjunto de estas formas de trabajo circunstancial o contingente⁹ desdibujando las diferentes relaciones laborales que expresa cada una de ellas.

Por las razones señaladas, aunque intentamos ceñirnos al campo específico del trabajo suministrado, en algunos casos, empezando precisamente por Chile, tenemos que hacer necesariamente referencia al conjunto de las formas atípicas de relación laboral.

7 La discusión realizada en las Conferencias de la OIT sobre el tema fue sintetizada y evaluada en Echeverría et alii, *Op. Cit.*, págs. 35-48.

8 Un estudio canadiense considera como tres regímenes de trabajo no convencionales, los horarios variables, el trabajo a domicilio (teletrabajo) y los empleos temporales. Ver Lipsett, B. y Reesor, M.: *Flexible Work Arrangements*, Applied Research Branch, Human Resources Development Canada, June 1997.

9 Como se verá más adelante, para el caso francés aunque hay información separada sobre el trabajo suministrado los análisis se ocupan de preferencia del conjunto de las denominadas formas particulares de empleo.

Como se ha señalado, la única fuente disponible sobre el trabajo suministrado en Chile es la Encuesta de Remuneraciones de Agosto de 1998 realizada por el Departamento de Estudios de la Sociedad de Fomento Fabril, cuyos resultados se resumen en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 1: Chile. Utilización de personal externo en la industria. Agosto de 1998

Número de Trabajadores de la Empresa	Porcentaje de empresas que usan personal externo	Porcentaje de Trabajadores Propios	Porcentaje Personal Externo		
			Porcentaje de Trabajadores de Contratista	Porcentaje de Trabajadores Suministrados	Porcentaje Total Personal Externo
5- 250	40,0%	66,4%	29,1%	4,5%	33,6%
251-500	67,4%	86,8%	7,3%	5,9%	13,2%
501-más	74,3%	53,5%	41,3%	5,2%	46,5%
TOTAL	51,4%	64,0%	30,8%	5,2%	36,0%

Fuente: Encuesta de Remuneraciones de SFF, Agosto de 1998

Cabe destacar que en años anteriores la encuesta de la SOFOFA consideraba al personal externo en su conjunto, sin distinguir entre personal de contratistas y suministrados, lo cual no nos permite saber si el uso de personal suministrado ha aumentado o no. En el Cuadro N° 2 se presenta la información obtenida en la encuesta de agosto de 1997.

Cuadro N° 2: Chile. Utilización de personal externo en la industria. 1997

Número de Trabajadores de la Empresa	Porcentaje de empresas que usan personal externo	Porcentaje de Trabajadores Propios	Porcentaje de Trabajadores Externos
5- 250	28,5%	86,3%	13,7%
251-500	60,5%	92,7%	7,7%
501-más	59,3%	78,1%	21,9%
TOTAL	37,4%	84,0%	16,0%

Fuente: Encuesta de Remuneraciones de SFF, Agosto de 1997

Si se observan con mayor amplitud las cifras de la SOFOFA, es notorio el aumento de la utilización de personal externo por la industria, el cual pasó de un 16% en 1997 al 36% de 1998. Al mismo tiempo aumentó en forma importante el porcentaje de empresas que utilizan personal externo, el que pasó de 37,4% en 1997 a 51,4% en 1998.

Estas cifras también muestran que en la industria chilena mientras más grande es la empresa mayor es la posibilidad de que utilice trabajadores externos, y que las grandes empresas son las que utilizan un mayor porcentaje de trabajadores externos. Sin embargo, las empresas de tamaño menor utilizan trabajadores externos de manera más intensiva que las de tamaño intermedio.

No es posible comparar estos resultados con otras fuentes, entre otros factores por el gran peso que tiene en la encuesta de la SOFOFA la industria de tamaño grande (más de un tercio de la muestra corresponde a empresas de 251 y más trabajadores). A modo de referencia, en la ENCLA 98¹⁰ las empresas (de todas las ramas de actividad) de 200 y más trabajadores representan sólo el 15,4% de la muestra y sus resultados indican que el personal externo es igual al 7,8% de los trabajadores propios de la industria.

10 Espinosa, M. y Damianovic, N.: *ENCLA 98. Encuesta Laboral Informe de Resultados*. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Santiago, 1999.

Aunque se pueda considerar que el porcentaje de 5,2% de trabajadores suministrados en la industria es pequeño, veremos más adelante que se trata de un porcentaje superior al de otros países para los que disponemos de información comparable.

Por otra parte, aunque no se refiera específicamente al personal suministrado, la ENCLA 98 suministra importantes antecedentes para la caracterizar las formas no tradicionales de relación laboral tal como se dan hoy en Chile.

En efecto, del personal propio de las empresas, tan sólo un 81,2% corresponde a personal con un contrato de trabajo indefinido, siendo esta situación particularmente fuerte en la construcción, donde sólo un 19,9% de los trabajadores propios tiene contrato indefinido. En la construcción, además, el personal externo a la empresa equivale al 59,1% del total de los trabajadores propios de la empresa.

Es interesante advertir que entre los contratos de duración determinada, los contratos por obra, faena o trato (10,1% del total de trabajadores propios de la empresa) superan con mucho a los contratos a plazo fijo (6,9% de los trabajadores de la empresa).

Si unimos los antecedentes que proporcionan los Gráficos 11 y 13 del Informe de la ENCLA 98, podemos construir el siguiente cuadro respecto a la magnitud de las relaciones laborales no tradicionales según ramas de actividad económica:

Cuadro N° 3: Chile. Distribución de los trabajadores asalariados según rama de actividad económica, por régimen laboral. 1998

Rama de actividad económica	Trabajadores propios con contrato indefinido	Regímenes laborales distintos del clásico			
		Total	Con contrato temporal	Con contrato de honorarios	Personal externo
Agricultura	46,1%	53,9%	16,2%	0,6%	37,1%
Minería	67,4%	32,6%	0,4%	0,0%	32,2%
Industria	79,3%	20,7%	12,1%	1,4%	7,2%
Electricidad	72,1%	27,9%	3,1%	1,4%	23,4%
Construcción	14,8%	85,2%	58,7%	1,0%	25,5%
Comercio	81,8%	18,2%	13,1%	1,0%	4,1%
Transporte	91,1%	9,0%	5,3%	2,9%	0,8%
Est. financieros	87,2%	12,8%	10,3%	1,8%	0,7%
Servicios	84,6%	15,4%	7,6%	5,6%	2,2%
TOTAL	70,2%	29,7%	14,7%	1,4%	13,6%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los gráficos 11 y 13 de ENCLA 98. Op. cit., pág. 22

Para cualquier discusión respecto a la realidad chilena, conviene retener en la memoria este casi 30% de trabajadores con una relación laboral de carácter no clásico. Más adelante veremos que tanto en Francia como en los Estados Unidos su porcentaje no supera el 10%. En Canadá es de 11,6%¹¹ y en Bélgica de 7,8%¹². En España, sin embargo, el porcentaje de contratos temporales es altísimo, llegando en el tercer trimestre de 1998 exactamente a un tercio del total de los asalariados¹³.

11 Lipsett y Reesor, op. cit., pág. 38. Según estos datos (de 1995) en Canadá el 49,9% de los trabajadores no permanentes tienen contrato por tarea o a plazo fijo, el 32,7% son ocasionales, el 14,3% son trabajadores de temporada y el 2,1% son provistos por empresas de trabajo temporal.

12 INS: *L'enquête sur les forces de travail: une photographie de l'emploi en Belgique en 1998*. Ministère des Affaires Économiques, Bélgica, 1998. En: http://statbel.fgov.be/press/press16_fr.htm

13 EPA/INE: *Encuesta de población activa*, Tercer trimestre de 1998. En <http://www.mtas.es/indicad/laboral/poblacio.htm>

Como puede observarse en diversos artículos de esta publicación¹⁴, en España las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) fueron reguladas en 1994 y el volumen de su actividad puede bien medirse a través de los contratos de puesta a disposición celebrados entre las ETT y las empresas usuarias con vistas a la cesión del trabajador para que preste servicios en la empresa usuaria.

El número de contratos de puesta a disposición se ha multiplicado más de cuatro veces entre 1995 (primer año para el que se cuenta con información) y 1998, aunque no existe aún base para diferenciar en este crecimiento cuánto se debe al aumento del fenómeno del suministro y cuánto a la regularización de la situación legal de actores preexistentes a la dictación de la ley.

Cuadro N° 4: España. Contratos de puesta a disposición celebrados por las ETT según causal

Año	Número de ETT	Número de contratos de puesta a disposición, según causal de celebración			
		Obra o Servicio	Circunstancias de la producción	Interinidad	TOTAL
1994	86				
1995	316	158.316	190.727	29.696	378.379
1996	399	298.415	443.571	67.153	809.139
1997	428	430.398	765.721	112.902	1.309.021
Ene-Nov 1998	434	519.537	978.617	125.707	1.623.861

Fuente: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España. Empresas de trabajo temporal, cesiones de trabajadores y contratos de puesta a disposición. En www.mtas.es

14 Ver, por ejemplo, el artículo de Pilar Vicente, *Las empresas de trabajo temporal en España*.

En este crecimiento de los contratos de puesta a disposición, tienen el mayor peso y también el mayor desarrollo los originados en circunstancias de la producción, los cuales representan en la actualidad más del 60% de todos los contratos de puesta a disposición y se han multiplicado por más de cinco veces entre 1995 y 1998.

El asunto tiene que ver, a nuestro juicio, con el uso del trabajo temporal como instrumento de la flexibilidad o como instrumento de control sobre los trabajadores.

La creciente predominancia de la contratación por circunstancias de la producción en España muestra que los contratos de duración determinada tienen allí por objetivo fundamental responder a las necesidades de flexibilidad (por razones de temporada o de mercado) del uso de la mano de obra; es decir, se sustituye una plantilla de trabajadores estables por una plantilla variable de acuerdo a las necesidades del momento¹⁵.

Esta situación se refleja también cuando se analiza el conjunto de los contratos temporales, tal como se muestra en el Cuadro N° 5.

En efecto, no todos los contratos temporales se celebran a través de las ETT; por el contrario, la mayoría de ellos se celebra directamente entre el trabajador y la empresa usuaria. El último mes para el que disponemos de datos muestra, que mediante las empresas de trabajo temporal se celebra casi la cuarta parte del total de los contratos temporales.

15 En cambio la contratación temporal por obra o servicio parece ser más utilizada para presionar hacia una mayor intensidad del trabajo.

Cuadro N° 5: España. Contratos de puesta a disposición como porcentaje del total de contratos temporales

Tipo de contrato temporal	Contratos temporales celebrados en Noviembre de 1998		
	Total Contratos ^(a)	Contratos de puesta a disposición	Porcentaje
Por obra o servicio	291.931	55.345	19,0%
Por circunstancias de la producción	350.437	96.197	27,5%
Por Interinidad	49.290	11.037	22,4%
TOTAL	691.658	162.579	23,5%

(a) Fuente: INEM, Estadística de contratos, datos nacionales. Contratos de trabajo según edad por tipo de contrato y sexo. Mes Noviembre de 1998. En www.inem.es. Esta estadística incluye otras modalidades de contrato temporales no homologables con los que forman parte de los celebrados por las ETT

(b) Fuente: MTAS, Empresas de trabajo temporal, cesiones de trabajadores y contratos de puesta a disposición. En www.mtas.es

En lo que respecta a los sectores en que mayormente se utiliza en España a los trabajadores suministrados por las ETT, destaca para todos los años el sector de los Servicios (que en el periodo Enero-Noviembre de 1998 utilizó el 52% de los trabajadores suministrados). Por su parte la industria utiliza poco más de un tercio el total de los trabajadores suministrados, mientras que la construcción llega casi al 6% y la agricultura a poco menos del 5%.

Si se analizan estos sectores más en detalle se puede observar que las quince actividades que en mayor medida utilizan mano de obra suministrada durante el año recién pasado han cambiado poco su peso relativo con respecto a la importancia que tenían en 1996 (primer año para el que se cuenta con estadísticas completas). Con la excepción de la agricultura, ninguna de ellas presenta un cambio sustantivo, y en su conjunto siguen utilizando poco menos de las tres cuartas partes del total de los trabajadores suministrados.

Cuadro N° 6: España. Contratos de puesta a disposición por ramas de actividad del centro de trabajo de la empresa usuaria como porcentaje del total de los contratos de puesta a disposición.

Actividad	Porcentaje del total de trabajadores suministrados, en el año 1996	Porcentaje del total de trabajadores suministrados, en Ene-Nov 1998
Hostelería	15,4%	16,0%
Otras actividades empresariales (servicios)	5,8%	7,0%
Industria de alimentos, bebidas y tabaco	9,4%	8,9%
Construcción	4,7%	5,9%
Comercio al por menor, reparaciones domésticas	7,2%	5,9%
Comercio al por mayor, intermediarios del comercio	3,4%	3,7%
Actividades anexas a transportes Agencias de viaje Comunicaciones	4,2%	3,6%
Industria del papel, artes gráficas y edición	3,7%	3,4%
Instituciones financieras y seguros	3,5%	3,3%
Industria química	3,7%	3,0%
Metalurgia	2,5%	3,0%
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	0,5%	2,9%
Transporte terrestre y por tubería	2,7%	2,8%
Fabricación de productos de caucho y materias plásticas	2,9%	2,6%
Actividades asociativas, recreativas y culturales	3,6%	2,5%
	73,2%	74,5%

Fuente: MTAS, Empresas de trabajo temporal. Contratos de puesta a disposición según rama de actividad del centro de trabajo de la empresa usuaria. En www.mtas.es

Al considerar la distribución de los trabajadores suministrados en España, resalta que la lógica de esa distribución es diferente a la de la distribución de los trabajadores externos en Chile. En efecto, de acuerdo con los datos de la ENCLA 98, las ramas de actividad económica con mayor proporción de trabajadores externos (que incluyen personal de subcontratistas y personal suministrado) son la agricultura, la minería y la construcción.

El informe del Profesor Tomás Sala Franso, publicado en esta misma recopilación, proporciona otros antecedentes respecto a las empresas de trabajo temporal en España, especialmente respecto a las características de los trabajadores suministrados.

5. *Estados Unidos*

En los Estados Unidos la Oficina del Censo ha incorporado en dos ocasiones (febrero de 1995 y febrero de 1997) un suplemento a su encuesta mensual de hogares (Current Population Survey) para indagar sobre los trabajadores "contingentes" (quienes no tienen seguridad de continuar en su empleo) y las formas de colocación alternativa diferentes del régimen tradicional de relación laboral.

La proporción y características de los trabajadores en estos tipos de colocación alternativa no ha variado mayormente en los dos años¹⁶, y dentro de ellos los trabajadores suministrados por las agencias de empleo temporal representan el 1% del total de los trabajadores del país (exceptuados los familiares no remunerados).

16 La revista *Monthly Labor Review* de octubre de 1996, del Bureau of Labor Statistics (EE.UU.) estuvo dedicada por completo a analizar los resultados de la encuesta de 1995. En <http://www.bls.gov/opub/mlr/archive.htm> se encuentran los archivos de esta revista desde enero de 1989 en adelante.

Cuadro N° 7: Estados Unidos. Trabajadores en distintos tipos de colocación alternativa, como porcentaje del total de los trabajadores.

Tipos de colocación alternativa	1995	1997
Contratistas independientes: Trabajadores que se identifican como contratistas independientes, consultores independientes o trabajadores freelance.	6,7%	6,7%
Trabajadores por requerimiento o trabajadores diarios: Trabajadores que son llamados sólo cuando se les necesita, ya sea por un solo día o por varios días o semanas.	1,7%	1,6%
Trabajadores de agencias de trabajo temporal: Trabajadores que son remunerados por una agencia de trabajo temporal, sea o no temporal su trabajo. Corresponden a lo que en esta investigación se denomina trabajadores suministrados.	1,0%	1,0%
Trabajadores provistos por firmas contratistas: Trabajadores que son empleados por una empresa que provee de ellos o de sus servicios a otra empresa con la que establece un contrato. Generalmente son asignados a una sola usuaria y trabajan en el lugar de trabajo de la usuaria.	0,5%	0,6%

Fuentes:

- U.S. Department of Labor. Bureau of Labor Statistics. *Contingent and alternative employment arrangements*. Report 900. August. 1995. En <http://www.bls.census.gov/cps/>
- U.S. Department of Labor. Bureau of Labor Statistics. *Contingent and alternative employment arrangements*. February 1997. En <http://www.bls.census.gov/cps/>

Las encuestas proveen una importante información para caracterizar los trabajadores suministrados en sus similitudes y diferencias con respecto a los trabajadores con empleos tradicionales. De los datos recogidos resalta que los trabajadores de todos estos regímenes de relación laboral distintos al tradicional tienen características comunes que los diferencian de los trabajadores tradicionales,

de manera que antes de presentar las características de los trabajadores suministrados parece conveniente sintetizar las características fundamentales de los trabajadores "contingentes".

Una caracterización de los trabajadores contingentes frecuentemente citada es la realizada por Anne Polivka sobre las bases de la encuesta de febrero de 1995¹⁷. Señala, que el concepto básico operacionalizado en la encuesta es la definición de trabajadores contingentes como aquellos trabajadores que no tienen un contrato explícito o implícito para continuar en el empleo después de un plazo dado (después de un año en dos de las tres estimaciones que la encuesta hace). Las características que señala para los trabajadores contingentes son las siguientes:

- los trabajadores contingentes tienen más probabilidad de ser mujeres y negros que los no contingentes¹⁸;
- los trabajadores contingentes tienen doble probabilidad de estar entre los 16 y los 24 años que los no contingentes¹⁹;
- las mujeres trabajadoras contingentes tienen más probabilidades de ser adolescentes, y menos de tener más de 55 años que los trabajadores contingentes varones²⁰;
- son estudiantes una mayor proporción de trabajadores contingentes que de trabajadores no contingentes²¹;
- de los trabajadores que no estudian, no ha terminado la escuela secundaria una mayor proporción de trabajadores contingentes que de trabajadores no contingentes²²;
- los trabajadores contingentes se encuentran con mayor probabilidad que los no contingentes en tareas profesionales, servicios, soporte administrativo y obreros no especializados. Con menor probabilidad ocupan puestos ejecutivos o de

17 Polivka, Anne E., *A profile of contingent workers*. Monthly Labor Review, Octubre 1996, págs. 10 -21

18 Polivka, op. cit., pág. 11

19 id

20 Polivka, op. cit., pág. 12

21 id

22 id

vendedores²³. La distribución de las ocupaciones de los trabajadores contingentes explica, al menos parcialmente, la mayor proporción de mujeres entre ellos, pero no explica la mayor proporción de negros²⁴.

- aunque los trabajadores contingentes trabajan a tiempo parcial en mucho mayor proporción que los no contingentes, sólo un 11% de los trabajadores de tiempo parcial son contingentes. Al mismo tiempo los trabajadores contingentes tienen una menor probabilidad de trabajar más de cuarenta horas a la semana²⁵.
- los trabajadores contingentes tienen más probabilidad de ocupar dos o más empleos que los trabajadores no contingentes²⁶;
- los trabajadores contingentes, incluso aquellos de más de 24 años, tienen menos probabilidades de estar casados que los no contingentes. Sólo un tres por ciento de las mujeres con hijos menores de 18 años eran trabajadoras contingentes, y de estas cuatro quintas partes tenían maridos con empleos no contingentes²⁷;
- los trabajadores contingentes tienen menos probabilidades de estar sindicalizados que los no contingentes²⁸;
- la asociación entre empleo de trabajadores contingentes y variabilidad en el volumen del empleo sugiere que para algunas actividades el uso de trabajadores contingentes permite a los empresarios enfrentar las variaciones de la demanda²⁹.

En lo que se refiere en particular a los trabajadores suministrados, en febrero de 1997 los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en los Estados Unidos eran 1,3 millones. Dadas las escasas diferencias entre ambos años, consideramos sólo los resultados provistos por la encuesta de febrero de 1997, que presentamos en el cuadro siguiente.

23 id. Es de destacar que la sobrerrepresentación de los trabajadores contingentes en las actividades profesionales se debe a que se incluye aquí a los profesores. Los profesores (especialmente los de enseñanza superior) representan un 10% de todos los trabajadores contingentes.

24 Polivka, op. cit., pág. 16

25 Polivka, op. cit., pág. 17

26 id.

27 Polivka, op. cit., pág. 18

28 Polivka, op. cit., pág. 19

29 Polivka, op. cit., pág. 20

Cuadro N° 8: Estados Unidos. Características relevantes de los trabajadores de empresas de empleo temporal comparadas con los trabajadores con empleo tradicional (estable). Febrero de 1997

	Por ciento del total de trabajadores con empleos tradicionales	Por ciento del total de trabajadores de empresas de trabajo temporal
Total de Trabajadores	100,0%	100,0%
Menores de 25 años	14,8%	22,5%
Mujeres	47,3%	55,3%
Blancos	84,8%	75,1%
Negros	10,9%	21,3%
Hispanos	9,6%	12,3%
16 a 24 años con enseñanza media incompleta	10,1%	14,7%
25 a 64 años con enseñanza media incompleta	9,7%	11,2%
Tiempo parcial	17,7%	19,7%
En puestos ejecutivos	14,1%	6,9%
Profesionales	15,3%	6,9%
Técnicos	3,4%	5,8%
Vendedores	11,7%	1,7%
Administrativos y personal de oficina	15,3%	34,1%
Trabajadores de Servicios	13,5%	9,0%
Obreros especializados	10,3%	5,2%
Operarios, obreros y peones	14,3%	29,1%
En la Agricultura	2,1%	-
Minería	0,5%	0,6%
Construcción	4,9%	2,2%
Industria	17,5%	27,7%
Transporte	7,1%	5,3%
Comercio mayorista	4,0%	3,8%
Comercio minorista	17,2%	3,4%
Finanzas, seguros	6,4%	7,4%
Servicios (excepto administración pública)	35,5%	36,6%

Prefieren un empleo estable		59,2%
Prefieren un tipo de colocación alternativa		33,5%
Trabajan en una ETT por razones económicas		59,6%
Trabajan en una ETT por razones personales		29,3%
Seguro de salud provisto por el empleador	82,8%	46,4%
Ingreso semanal promedio por jornada completa	US\$ 510	US\$ 329
Ingreso semanal promedio por jornada parcial	US\$ 144	US\$ 148

Fuente: U.S. Department of Labor. Bureau of Labor Statistics. *Contingent and alternative employment arrangements*. February 1997. En <http://www.bls.census.gov/cps/>

De acuerdo con estos antecedentes, se puede señalar que en los Estados Unidos los trabajadores suministrados son más jóvenes que los que tienen un empleo tradicional: un 22,5% de los suministrados tienen menos de 25 años, porcentaje que baja a 15% en los trabajadores tradicionales.

También están presentes en mayor proporción que en el trabajo tradicional, las mujeres (55,3%) los negros (21,3%), los hispanos (12,3%), los que no han completado la enseñanza media (14,7% y 11,2%).

Como puede observarse, se repiten las características demográficas ya señaladas para el conjunto de los trabajadores contingentes, que configuran a estos regímenes de relación laboral como un instrumento de segmentación de la población.

Se señala³⁰ que es sorprendente, dadas las características de la labor, el hecho que no haya diferencias notorias entre suministrados y trabajadores tradicionales en cuanto a desempeñar una labor de tiempo completo. El 19,7% de los suministrados que trabajan a tiempo parcial es muy similar al 17,7% de los trabajadores con empleos tradicionales. La gran mayoría (un 80%) de los suministrados trabaja con jornadas completas de a lo menos 35 horas semanales. Los hombres trabajan un

30 Sharon Cohany. *Workers in alternative employment arrangements: a second look*. Monthly Labour Review, Nov 1998. Este artículo realiza un detallado análisis de los resultados de la encuesta de 1997 e incluye antecedentes no publicados en el informe estadístico del BLS.

promedio semanal de 39 horas y las mujeres 34, que son casi iguales a los promedios de los trabajadores tradicionales (41 y 35 horas respectivamente).

Las ocupaciones fundamentales de los trabajadores suministrados son las de administrativos y personal de oficina (34,1%) y obreros no especializados (29,1%). La distribución por género en estas ocupaciones es disímil: El 50,3% de las mujeres suministradas trabaja en tareas administrativas y de oficina; el 41,1% de los hombres suministrados trabaja como operario no especializado.

Los resultados muestran que el trabajo suministrado actual está ya muy lejos de la época en que se caracterizaba primordialmente por proveer secretarías (empleos “rosa”); en la actualidad hay mucho obrero, y no calificado.

La industria (27,7%) y los servicios utilizan a la mayor parte de los trabajadores suministrados. Las actividades económicas en que se encuentra la menor proporción de trabajadores suministrados son el comercio detallista y la administración pública.

Sólo un tercio de los trabajadores de las agencias de empleo temporal prefieren esta modalidad laboral a un empleo tradicional. Y aunque normalmente se aduce que las mujeres optan en mayor medida que los hombres por estas formas no tradicionales de colocación (pues les permitiría combinar mejor sus actividades laborales remuneradas con las del hogar y el cuidado de los hijos), las diferencias entre hombres y mujeres no son a este respecto sustantivas: el 35,1% de las mujeres prefieren trabajar para una agencia de empleo temporal, contra el 31,4% de los hombres.

La mayoría de los trabajadores suministrados dicen trabajar de esta manera por razones económicas (un 34,6% por ser el único empleo que han podido conseguir). Hay en este respecto algunas diferencias de género: las mujeres (35,1%) mencionan más que los hombres las razones personales, siendo la flexibilidad la más importante de estas razones personales.

La encuesta confirma que también en los Estados Unidos los trabajadores suministrados pueden ser asignados a una usuaria por un tiempo relativamente largo.

Mientras un 35% ha estado asignado a su actual usuaria por menos de tres meses, casi una cuarta parte ha estado asignada por más de un año. El promedio que dura la asignación a una usuaria es de cinco meses.

Las vinculaciones entre el trabajador y la empresa de empleo temporal son un poco más estables. Aunque el 42,6% tiene una relación de menos de 6 meses, hay un 24,5% que tiene una relación de más de un año (lo que incluye un 1,6% que ha prestado servicios a la agencia de empleo temporal por más de 10 años). El promedio de duración de la relación del trabajador con la agencia de empleo temporal es de 6 meses.

Los trabajadores suministrados a tiempo completo ganan apenas un 64,5% de lo que ganan los trabajadores en empleos tradicionales. Aunque no hay información que permita establecer en qué medida ello se debe al predominio de empleos de remuneraciones bajas y en qué a una menor remuneración por trabajos similares, hay datos adicionales para el conjunto de los trabajadores contingentes que señalan que estas diferencias se presentan en prácticamente todas las ramas de la actividad económica con la excepción de la construcción.

Cuadro N° 9: Estados Unidos. Ingresos semanales medios (dólares) de trabajadores de jornada completa. Febrero 1997

Actividad económica	Trabajadores contingentes	Trabajadores no contingentes
Agricultura	US 234	US 322
Minería		US 666
Construcción	US 668	US 508
Industria	US 391	US 529
Transportes	US 614	US 635
Comercio mayorista		US 513
Comercio detallista	US 273	US 351
Finanzas, seguros, etc.	US 515	US 545
Servicios	US 397	US 513
Administración Pública	US 462	US 619

Fuente: Hipple, Steven, *Contingent work: results from the second survey*. Monthly Labor Review, Noviembre 1998, pág. 29

Las enormes y sistemáticas diferencias salariales, así como el hecho que los trabajadores suministrados tienen una deficiente protección en materia de salud y pensiones, configuran una situación de discriminación hacia los jóvenes, mujeres, negros, latinos y trabajadores con menor educación que predominan entre ellos.

6. Francia

En Francia, la forma actual de regulación del trabajo suministrado se denomina contrato de trabajo interino. La empresa usuaria sólo puede recurrir al uso de trabajadores de una empresa de trabajo interino para la realización de una tarea no duradera denominada misión, ya sea para la sustitución de un trabajador por razones especificadas, el aumento temporal de la actividad de la empresa, empleos de temporada y empleos de carácter temporal en determinados sectores de la actividad³¹.

De acuerdo con la encuesta anual de empleo del INSEE³², el número de trabajadores suministrados (interinos) se ha duplicado entre 1994 y 1998, alcanzando en este último año al 2,1% del total de los trabajadores asalariados. Tan sólo en el último año el número de trabajadores interinos aumentó en un 25%. Cabe considerar que las publicaciones del INSEE clasifican a los contratos de interinos como “formas particulares de empleo” junto a los contratos de duración determinada, los contratos de aprendizaje y los contratos subvencionados, para distinguirlos del empleo estable (contrato indefinido).

31 Comunidad europea. Base de Datos SCADPLUS. En www.europa.eu.int

32 Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques. La publicación *Insee Première* se encuentra disponible para los últimos tres años en <http://www.insee.fr/vf/produits/pub/prem/index.htm>

Cuadro N° 10: Francia. Porcentaje de los asalariados con trabajo estable o en una de las formas particulares de empleo. 1994-1998.

	1994	1995	1996	1997	1998
Trabajo estable (contrato indefinido)	92,6%	91,3%	91,2%	90,7%	90,0%
Formas particulares de empleo:	7,4%	8,7%	8,8%	9,3%	10,0%
• Interinos	1,1%	1,5%	1,4%	1,7%	2,1%
• Contratos de Duración Determinada	3,2%	3,9%	4,0%	4,3%	4,6%
• Contratos de Aprendizaje	1,0%	1,0%	1,1%	1,2%	1,3%
• Contratos subvencionados	2,1%	2,3%	2,3%	2,1%	2,0%

Fuente: A base del cuadro N° 3 de INSEE. *Insee Première* n° 593, junio 1998

En general, no es sólo el trabajo interino el que crece sino que también se produce un crecimiento sustantivo de los contratos de duración determinada (el equivalente a los de plazo fijo y por obra o faena).

Importante para valorar los resultados disponibles sobre Chile es señalar que en la industria francesa la tasa de trabajadores interinos alcanzó un 5,6% en 1998 (en la industria del automóvil llegó al 8,7%)³³. Sin embargo, toda comparación debe hacerse con extremo cuidado pues se trata de realidades muy diferentes³⁴.

Teniendo en cuenta esta diferencia de realidades laborales, parece de la mayor importancia, y enormemente sugerente desde el punto de vista de la investigación cuantitativa, la discusión que el mismo INSEE realiza respecto al rol que juegan las formas particulares de empleo³⁵:

Según el INSEE, la tendencia de desarrollo de los empleos temporales muestra una evolución cíclica en torno a una tendencia al alza, pues las empresas recurren cada vez más a este tipo de empleos en detrimento de los empleos estables. Ello debido a su facilidad de gestión, a su competitividad (léase costo) y a que sirven como medio de selección para reclutamientos más duraderos.

33 INSEE, *Insee Première* N° 619. Noviembre 1998

34 En Francia los contratos de duración determinada alcanzan sólo al 4,6% del total de los asalariados.

35 Ver Dossier de prensa de *France, portrait social*, Edition 1998. En www.insee.fr

Sin embargo, cuando se discute respecto a las perspectivas que estas formas particulares de empleo ofrecen a los jóvenes, cesantes, amas de casa, etc., que reclutan de preferencia, se presentan dos tipos de discursos³⁶: el de quienes plantean que estas formas particulares de empleo son “trampas de pobreza” que configuran una esfera unida a la del desempleo y desconectada de la esfera de los empleos estables, y el de quienes sostienen que estas formas de empleo son un trampolín hacia los empleos estables, ya que una vez que los trabajadores han demostrado su valía en una forma particular de empleo aumentan las posibilidades de obtener luego un empleo estable.

El INSEE aporta a esta discusión una matriz de probabilidades de transición entre cuatro estados (empleo estable, forma particular de empleo, cesantía e inactividad) construida sobre la base de sus encuestas de empleo.

36 En el curso de la investigación realizada por Magdalena Echeverría, Valeria Solís, Verónica Uribe, estos discursos aparecen en las entrevistas a los empleadores y a los trabajadores. Ver *El Otro Trabajo*, ed. cit.

Cuadro N° 11: Francia. Probabilidades de transición entre empleo estable, formas particulares de empleo, cesantía e inactividad

Situación año N-1	Situación año N	Año N						
		1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Empleo estable	Empleo estable	92	92	92	93	93	92	93
	FPE	1	1	1	1	1	1	1
	Cesantía	3	4	4	3	3	3	3
	Inactividad	4	3	3	3	3	3	3
FPE	Empleo estable	35	33	28	29	29	27	29
	FPE	31	31	33	39	38	39	42
	Cesantía	28	30	33	26	28	28	24
	Inactividad	6	7	7	6	5	5	5
Cesantía	Empleo estable	19	18	18	18	17	15	16
	FPE	12	15	14	17	15	15	16
	Cesantía	55	53	56	54	57	57	57
	Inactividad	14	14	12	11	11	12	11
Inactividad	Empleo estable	6	6	5	5	5	5	5
	FPE	2	2	2	2	2	2	2
	Cesantía	4	4	4	4	4	4	4
	Inactividad	88	88	89	89	88	89	88

Fuente: France Portrait Social - Dossier de Presse - Edition 1998. En www.insee.fr

FPE: Formas particulares de empleo: Contratos de duración determinada (plazo fijo y por obra o faena), interinos (suministrados), de aprendizaje y subvencionados.

Lectura: 92% de los individuos con empleo estable en marzo de 1991 estaban en empleo estable en marzo de 1992

Como puede observarse, mientras un 35 por ciento de los trabajadores que ocuparon una forma particular de empleo en 1991 lograron un empleo estable en 1992, en 1998 tan sólo logran un empleo estable un 29 por ciento de quienes ocupaban una forma particular de empleo el año anterior. Es decir, disminuye la posibilidad de acceder al empleo estable a partir de una forma particular de empleo.

Sin embargo, continúa siendo cierto que en el comienzo de la vida activa las formas particulares de empleo constituyen una forma de inserción en el mercado de trabajo. La probabilidad de ocupar un empleo estable al año siguiente de una forma particular de empleo es más elevada para los jóvenes que para los mayores, y aumenta también con el nivel de educación alcanzado.

Por otra parte aumentan las probabilidades de que los trabajadores permanezcan en una forma particular de empleo. Mientras en 1992 ocupaban una forma particular de empleo un 31 por ciento de quienes estaban en esa situación el año anterior, para 1998 este porcentaje aumentó al 42 por ciento.

Aunque ha aumentado la probabilidad de salir de la cesantía por la vía de una forma particular de empleo, en 1998 esas probabilidades son las mismas (16 por ciento) que las de obtener un trabajo estable.

7. Conclusiones

A título de conclusiones, se puede señalar que una investigación cuantitativa sobre los trabajadores suministrados debería tomar en consideración los siguientes aspectos:

Primero: Aunque el trabajo suministrado por terceros es una figura con especificidad propia en el marco de las nuevas relaciones laborales, la investigación cualitativa realizada por la Dirección del Trabajo mostró que en Chile existen en este campo una serie de fenómenos limítrofes y relacionados, situación que también se evidencia en la revisión de la información acerca de otros países. Estas estrechas vinculaciones entre el trabajo suministrado y otros tipos de relación laboral (a lo que se agrega las situaciones manifiestamente ilegales de que se da cuenta en todos los países) obliga a que la recolección de información cuantitativa acerca de relaciones laborales que pueden coexistir en un mismo establecimiento no se remita sólo a los trabajadores suministrados sino que discrimine³⁷ las diversas relaciones posibles de encontrar en la práctica.

37 El nivel de discriminación depende de las características del instrumento. A medida que aumenta el número de categorías de relación que se pretende diferenciar, el tamaño de la muestra crece en forma desmedida, tomando imposible todo estudio.

Una clasificación más o menos exhaustiva de estas categorías de relación laboral, que puede comprimirse de acuerdo con las características del instrumento a utilizar, es la siguiente³⁸:

a.- Trabajadores de la usuaria

- (1) Trabajadores de la usuaria con contrato indefinido
- (2) Trabajadores de la usuaria con contrato a plazo fijo
- (3) Trabajadores de la usuaria con contrato por obra o faena
- (4) Contratistas individuales con una relación civil directa con la usuaria (contrato de honorarios) y sin dependencia jerárquica
- (5) Relación laboral encubierta: contratistas individuales con una relación civil directa con la usuaria (contrato de honorarios) pero con dependencia jerárquica
- (6) Contratistas individuales con una relación civil con la usuaria (contrato de honorarios), sin dependencia jerárquica pero que pagan un porcentaje a una empresa encargada de administrarlos.
- (7) Contratistas individuales con una relación civil con la usuaria (contrato de honorarios), con dependencia jerárquica, y por los cuales la usuaria ha pagado un porcentaje a una empresa que administra al trabajador (prestamismo laboral)
- (8) Trabajadores de empresa contratista con dependencia jerárquica respecto a la usuaria (relación laboral real con la usuaria).

b.- Trabajadores de empresa contratista (en cualquiera de las relaciones anteriores con su empleador directo)

c.- Trabajadores de empresa de trabajo temporal (en cualquiera de las relaciones anteriores con su empleador directo).

38. La lista de las diferentes categorías aquí señaladas se ha realizado sobre la base de la información revisada para este artículo y los resultados mostrados en *El Otro Trabajo* (ed. cit.). En <http://WWW.LIBE.FR/travail/index.html> se encuentra una importante colección de artículos del periódico *Libération* sobre el trabajo en Francia, que permite ilustrar los casos que muestra la estadística con ejemplos concretos.

Segundo: La información analizada en este artículo muestra que en el ámbito de las formas alternativas de colocación hay una evidente discriminación que perjudica a las mujeres, los jóvenes, las minorías étnicas, las personas con menor nivel de educación. Al mismo tiempo, hay diferencias con los trabajadores estables en lo que se refiere a su condición de estudiante. Cualquier instrumento para obtener información cualitativa, debe considerar, entonces, variables de esta índole. Tomando en cuenta las características propias de la sociedad chilena debería incluirse a lo menos las siguientes variables:

- a.- Edad
- b.- Género
- c.- Último año de educación aprobado
- d.- Estudiante
- e.- Origen étnico
- f.- Origen rural o urbano
- g.- Profesión u oficio del jefe del hogar en que se formó
- h.- Hijos dependientes
- i.- Categoría de relación laboral de su pareja

Tercero: En lo que se refiere al trabajo mismo que se realiza, es necesario evaluar el hecho de que los trabajadores en categorías alternativas de relación laboral ocupan cargos diferentes, trabajan en actividades económicas diferentes y perciben remuneraciones y otros beneficios diferentes a los de los trabajadores estables. Por lo mismo, la información a reunir debe incluir a lo menos (considerando que muchos trabajadores ocupan más de un empleo):

- a.- Ocupación que desempeña
- b.- Duración de la jornada semanal
- c.- Actividad económica
- d.- Forma de remuneración (sueldo fijo, a trato, base y comisiones)
- e.- Monto de la remuneración
- f.- Situación de seguridad social

-
- g.- Situación de dependencia jerárquica en caso de desempeñar sus funciones en un local perteneciente a una empresa distinta de la que lo contrata
 - h.- Duración de la relación actual con ese empleador
 - i.- Duración total de la relación con ese empleador
 - j.- Categoría de relación laboral en que se encontraba un año atrás.

Cuarto: Finalmente, los resultados estudiados muestran otras características diferenciales de estos trabajadores que es importante explorar:

- a.- Motivo fundamental de opción por esa categoría de relación laboral
- b.- Grado de satisfacción con esa categoría de relación laboral
- c.- Sindicalización.



Cuaderno de investigación N° 10
Dirección del Trabajo
Departamento de Estudios
1999

Santiago - Chile
Casilla 9881

Impreso en LOM Ediciones Ltda.
quien sólo ha actuado como impresor.

Compilado por Mónica Vergara.

En el año del N° 75° Aniversario de la Dirección del Trabajo y la legislación laboral.

CUADERNOS DE INVESTIGACION
CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS



DIRECCION
DEL TRABAJO