

LA DIRECTIVA SOBRE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y SU IMPACTO EN ESPAÑA

CAROLINA GALA DURÁN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Catedrática acreditada por ANECA
Universidad Autónoma de Barcelona*

EXTRACTO

Palabras Clave: ETTs, Directivas UE

Tras un largo proceso de debate, en noviembre de 2008 se aprobó la Directiva Comunitaria relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, que se sitúa dentro de la política de flexi-seguridad promocionada por las instituciones comunitarias. Esta Directiva pretende lograr dos objetivos que pueden parecer contradictorios: por un lado, la mejora de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos a empresas usuarias (a través del reconocimiento del principio de igualdad de trato, la implantación de derechos en materia de formación, el acceso a los servicios e instalaciones de la empresa usuaria...) y, por otro, la eliminación de las restricciones y prohibiciones al recurso a las ETT por parte de las empresas usuarias, con el objetivo de fomentar la actividad de las ETT. Partiendo de ello, este trabajo se estructura en torno a dos ejes: el análisis de los objetivos, contenido y retos que plantea la Directiva, y el impacto que la misma tiene en el caso español, por cuanto que su transposición exige no sólo la modificación de algunos artículos de la normativa española sino también la incorporación de nuevas reglas así como la revisión bajo ciertos parámetros de aquellas normas y cláusulas convencionales que supongan una restricción injustificada del recurso a las ETT, como sería el caso concreto de su utilización dentro del sector público. Puede afirmarse, pues, que, en el caso español, la aprobación de esta Directiva implica un “antes” y un “después”.

ABSTRACT

Key Words: Temporary work agency, EU-Directives

After a long debate, on November 2008 it was approved the EU-Directive on employment through Temporary Agency Work embraced within the flexisecurity policy promoted by the European institutions.

This Directive aims to achieve two objectives which could be seen as contradictory. On the one hand, it deals with the improvement of work conditions of transferred workers to companies (through equal treatment, implementation of equal rights as regards training, and access to services and facilities of the company in which workers are located). And on the other hand, it eliminates restrictions and prohibitions to Temporary Agency's appeals. Therefore, the present work focuses on two aspects: the analysis of the Directive's objectives, subject and challenges, and its impact on the Spanish case. Its national transposition implies not only the modification of some articles in the Spanish law but also the incorporation of new rules and a legislative revision of certain parameters, as some clauses may entail an unjustified restriction to Temporary Agencies, such as in the Public Sector. Without a doubt there is a “before and after” the directive's approval in the Spanish case.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 2008/104/CE
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA
3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y SU TRASCENDENCIA EN EL CASO ESPAÑOL
 - 3.1. El alcance del principio de igualdad de trato
 - 3.2. El impacto del principio de igualdad de trato en el caso de España
4. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LOS TRABAJADORES CEDIDOS: ACCESO AL EMPLEO, A LAS INSTALACIONES COMUNES Y A LA FORMACIÓN PROFESIONAL
 - 4.1. Acceso al empleo
 - 4.2. Acceso a las instalaciones comunes de la empresa usuaria
 - 4.3. Formación profesional de los trabajadores cedidos por ETT
5. MODIFICACIONES EN EL MARCO DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS Y LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN
6. LA REGULACIÓN DE LAS RESTRICCIONES O PROHIBICIONES DEL RECURSO A LAS ETT

1. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 2008/104/CE

Sin duda una de las figuras que, especialmente en determinados países europeos, ha planteado más debate (y polémica) en los últimos tiempos ha sido la de las empresas de trabajo temporal¹; empresas que, aun cuando cumplen un papel reconocido en el mercado de trabajo, han estado siempre acompañadas por algunas incertidumbres vinculadas, en el caso de España, a cuestiones, entre otras, como la extensión o no de su ámbito de actuación a las tareas de intermediación, selección y formación de los trabajadores, la precariedad o escasa calidad y duración del empleo que ofrecen o la retribución que deben abonar a los trabajadores cedidos a las empresas usuarias. Como sabemos, algunas de esas incertidumbres han dado lugar, incluso, a reformas concretas de su régimen jurídico (como fue la Ley 29/1999, de 16 de julio, en materia retributiva).

A nivel europeo, hace ya algunos años que se pretendía elaborar una Directiva “*global*” sobre el trabajo a través de ETT, que regulase esta figura de una forma conjunta y genérica con el objetivo de establecer unos principios mínimos comunes de actuación que sirvieran para hacer frente a la gran diversidad reguladora existente a nivel estatal. Nos referimos a una Directiva “*global*”, por cuanto algunos aspectos concretos del trabajo a través de ETT ya se encontraban regulados en la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una

¹ En adelante ETT.

relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, y en la Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, en relación con el desplazamiento de los trabajadores cedidos por ETT en el ámbito de la Unión Europea.

No obstante, aprobar esa Directiva “*global*” no ha resultado ni mucho menos fácil, a pesar de existir un proyecto serio al respecto iniciado en el año 1999 que se intentó canalizar a través de un Acuerdo marco (de forma semejante a lo ocurrido con el trabajo de duración determinada o a tiempo parcial) pero que finalmente no fructificó, al no alcanzar un acuerdo los interlocutores sociales. También dentro de esos años se presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal de 2002, que tampoco fue aprobada y cuyo contenido era bastante innovador y ambicioso².

Y precisamente como paso final, de momento, de ese largo proceso³, cabe citar la aprobación de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁴, que se sitúa dentro de la política de *flexiseguridad* promovida por las instituciones comunitarias y cuyo impacto real depende de la situación previa existente en el país de que se trate. En algunos países ese impacto será importante y podrá hablarse, sin ambages, de un “*antes*” y un “*después*”; en el caso de nuestro país podemos hablar de un nivel de impacto moderado por cuanto muchos de los contenidos de la Directiva ya estaban aquí presentes con anterioridad a su aprobación, ya sea como consecuencia de la aplicación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal⁵ (y sus reformas), o de la negociación colectiva.

Partiendo de ello, cabe destacar que los objetivos que persigue la Directiva 2008/104/CE son los siguientes:

² Al respecto, entre otros, Gala Durán, C., “La regulación comunitaria e internacional de las empresas de trabajo temporal”, en M.F. Fernández y M. Rodríguez-Piñero Royo (dir.), *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal: Balance y perspectivas*, Monografías de Temas Laborales nº 19, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004.

³ A los antecedentes de esta Directiva se refieren sus Considerandos 3º a 9º.

⁴ DO L 327 de 5 de diciembre de 2008. Al respecto, Pastor Martínez, A., “La DVA 2008/104/CE y su incidencia en los derechos de los trabajadores cedidos por ETTs en los supuestos de actividad transnacional”, y Rodríguez Cardo, I.A., “La Directiva 2008/104, sobre ETT’S: Una primera aproximación a su contenido y precisiones sobre su futura transposición”, comunicaciones presentadas en el XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, mayo 2009.

⁵ En adelante LETT.

1º) En primer lugar, cabe señalar que, sin duda, su objetivo esencial es mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por las ETT, reconociéndose la aplicación del principio de igualdad de trato respecto de los trabajadores de la empresa usuaria contratados para el desempeño del mismo puesto de trabajo, lo que implica que dichas condiciones serán, por lo menos, las que corresponderían a los trabajadores cedidos si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo⁶.

Objetivo que se fundamenta en el respeto de los derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷, y, más concretamente, se pretende garantizar el pleno respeto del artículo 31 de dicha Carta, que dispone que todo trabajador tiene derecho a condiciones de trabajo que respeten su salud, su seguridad y su dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas⁸; añadiéndose a ello, en el Considerando 2º de la Directiva, que “... *el apartado 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores prevé, entre otras cosas, que la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular, en lo que respecta a las formas de trabajo como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, la cesión temporal de trabajadores y el trabajo de temporada...*”. La asunción de este objetivo implica a sensu contrario admitir que esa igualdad de trato no existe –ni siquiera en cuestiones tan básicas como la jornada de trabajo o el salario– con carácter generalizado en el marco de la Unión Europea. Asumir tal realidad e intentar enmendarla ya constituye un importante paso adelante.

Sin embargo, cabe tener muy presente que esa voluntad de instaurar un principio de igualdad de trato y de aproximar, en palabras del Considerando 2º de la Directiva, por la vía del progreso las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores cedidos por las ETT, se ve claramente limitada por el propio contenido de la Directiva, por dos motivos:

a) Por cuanto dicho principio de igualdad de trato no tiene un alcance generalizado sino que abarca exclusivamente las denominadas “*condiciones esen-*

⁶ Artículo 5.1 de la Directiva. En el Considerando 14º de la Directiva se afirma que: “las condiciones esenciales de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal deben ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo”.

⁷ DO C 303 de 14 de diciembre de 2007.

⁸ Considerando 1º de la Directiva. Vid también artículo 2 de la Directiva.

ciales de trabajo y empleo” definidas por el artículo 3.1.f) de la Directiva⁹, así como la aplicación de las normas relativas a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual; y,

b) Como veremos, la propia Directiva permite que, en algunas de esas materias, puedan establecerse excepciones al principio de igualdad de trato, algunas con un alcance importante, con lo que dicho principio puede quedar maltrecho en la práctica.

En esta materia, en la Directiva parece vislumbrarse una lucha entre la voluntad de garantizar, al menos en las materias esenciales, el principio de igualdad de trato (perspectiva de la protección del trabajador cedido) pero, a la vez, y probablemente por motivos económicos y de competencia, se pretende permitir ciertas vías de escape (perspectiva empresarial). Por desgracia, es muy posible que, dentro de unos años, cuando se haga un balance de la aplicación de esta Directiva, veamos que la segunda perspectiva ha prevalecido sobre la primera¹⁰.

2º) En segundo lugar y como apuntábamos anteriormente, esta Directiva pretende fijar unos contenidos mínimos comunes en torno a este tipo de trabajo a nivel europeo, por cuanto la utilización de las ETT y la situación jurídica, el estatuto y las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por ETT se caracterizan todavía por una gran diversidad¹¹. En efecto, si bien en otras mate-

⁹ Como veremos más adelante, esas “condiciones esenciales de trabajo y empleo” se refieren a las condiciones establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas, los días festivos y la remuneración.

¹⁰ Para Rodríguez Cardo “...la Directiva 2008/104 es una norma compleja, que entremezcla propósitos diferentes y, en ocasiones, parcialmente incompatibles o contradictorios, lo que probablemente resulte inevitable, pues la armonización pretende, respecto de algunos Estados, eliminar trabas –excesivas a juicio del legislador comunitario– impuestas para la actuación de las ETT (y en tal caso primera la libertad de prestación de servicios), mientras que en relación con otros Estados, donde las ETT’s no están sometidas a requisitos tan estrictos, la armonización debe centrarse esencialmente en garantizar que los trabajadores puestos a disposición disfruten de unas condiciones equiparables a los trabajadores propios de la empresa usuaria, con el fin de facilitar el desarrollo de las propias ETT’s...”, en “La Directiva 2008/104...”, ob.cit.

¹¹ Considerando 10º de la Directiva. Por su parte, en el Considerando 23º se afirma que: “dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, establecer un marco de protección para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que esté armonizado a escala comunitaria, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente,

rias laborales se ha producido un cierto acercamiento a nivel europeo, en ésta los modelos aplicables en cada país siguen manteniéndose muy distantes, tanto desde la perspectiva subjetiva como material.

Pero, como también señalamos, esos contenidos mínimos comunes se diseñan en el marco de la política comunitaria de *flexiseguridad*¹², lo que se manifiesta en elementos como los siguientes:

- a) Desde una perspectiva más limitada o implícita se recuerda que la cesión de trabajadores por ETT responde no sólo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades de conciliar vida privada y profesional de los trabajadores. Así, se contribuye a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo¹³.
- b) Se afirma que la Directiva establece un marco de protección no discriminatorio, transparente y proporcionado para los trabajadores cedidos por ETT, a la vez que respetuoso con la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales¹⁴.
- c) Como vimos al tratar del principio de igualdad de trato, dicho principio admite ciertas excepciones, justificada expresamente alguna de ellas en la necesidad *“de hacer frente de manera flexible a la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales... siempre que se respete el nivel general de protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal”*¹⁵.
- d) Con mayor claridad, en el artículo 2 de la Directiva se afirma que la misma tiene por objeto garantizar la protección de los trabajadores

debido a la dimensión o los efectos de la acción, puede lograrse mejor a escala comunitaria, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”.

¹² En el Considerando 9º de la Directiva se afirma que: “De conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda Social (2005–2010) y de cuyo contenido se congratuló el Consejo Europeo de marzo de 2005 por considerar que contribuye a la realización de los objetivos de la estrategia de Lisboa reforzando el modelo social europeo, el Consejo Europeo consideró que nuevas formas de organización del trabajo y una mayor diversidad de los tipos de contrato, que combinen mejor flexibilidad y seguridad, para los trabajadores y las empresas, contribuirán a mejorar su capacidad de adaptación. Además, el Consejo Europeo de diciembre de 2007 dio su respaldo a los principios comunes acordados en materia de flexiseguridad que mantienen un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo y contribuyen a que tanto los trabajadores como los empresarios aprovechen las oportunidades que ofrece la globalización”.

¹³ Considerando 11º de la Directiva.

¹⁴ Considerando 12º de la Directiva.

¹⁵ Considerando 16º de la Directiva.

cedidos y mejorar la calidad de las ETT garantizando el respeto del principio de igualdad de trato, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por ETT para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo. Con ello parece identificarse precisamente a las ETT como un instrumento de flexibilidad laboral.

Y, e) tal y como se afirma en el Considerando 18º de la Directiva, la mejora de la protección de los trabajadores cedidos por ETT debe ir acompañada de una revisión de las restricciones o prohibiciones –legales o convencionales– de que puede ser objeto el recurso a la cesión temporal de trabajadores. Como veremos más adelante, es ésta una de las pocas materias tratadas por la Directiva con un impacto directo en el caso español.

Sin entrar más allá en esta cuestión, al no ser objeto del trabajo planteado, cabe plantearse nuevamente, tal y como hacíamos páginas atrás, si en la aplicación de la Directiva se respetarán ambas perspectivas de la *flexiseguridad* (protección del trabajador cedido e interés empresarial) o si prevalecerá finalmente la perspectiva empresarial.

3º) En tercer lugar, cabe destacar que la Directiva, más allá de la regulación del principio de igualdad de trato ya apuntado, reconoce, de una forma un tanto deslavazada, algunos derechos de aplicación concreta a los trabajadores cedidos por ETT, que abarcan las cuestiones de acceso al empleo y de disfrute de las instalaciones y servicios comunes de la empresa usuaria. Con un alcance bastante más limitado también se trata, como veremos más adelante, la cuestión de la formación de los trabajadores cedidos¹⁶. El reconocimiento de estos derechos supone un avance, aunque sea limitado, desde la perspectiva de la protección del trabajador cedido, aunque su relevancia es escasa en el caso español.

4º) En cuarto lugar y aun cuando posteriormente se desarrolle de forma implícita, en el artículo 2 de la Directiva se señala que la misma tiene como finalidad, entre otras, mejorar la calidad de las ETT garantizando el respeto del principio de igualdad de trato, en relación con los trabajadores cedidos por ETT y reconociendo a las ETT como empleadores. Probablemente, con dicho principio de igualdad de trato no sólo se pretende, como vimos anteriormente, mejorar la situación de los trabajadores cedidos sino también mejorar la imagen de las ETT en cuanto empleadoras de los mismos, ante los abusos en que, algunas de ellas, han incurrido en el pasado.

¹⁶ Artículo 6 de la Directiva.

Y, 5º) finalmente, cabe afirmar que la Directiva resulta no sólo respetuosa con el papel de los interlocutores sociales en el marco del trabajo a través de ETT¹⁷, sino que les reconoce un papel destacado en diversos ámbitos (establecimiento de las excepciones al principio de igualdad de trato, revisión de las prohibiciones o restricciones al recurso a las ETT...). En la misma línea hace referencia (y resuelve) a la forma de constituir la representación de los trabajadores en las ETT y a sus derechos de información.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Como no podía ser de otro modo, la Directiva 2008/104/CE se aplica, tal y como se afirma en su artículo 1, a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una ETT –su empleadora, tal y como recoge el artículo 2– y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección. De ello cabe deducir lo siguiente:

- a) Queda excluido de su ámbito de aplicación el denominado personal de estructura, esto es, aquél que es contratado por una ETT para trabajar en su organización y estructura, sin posible cesión a una empresa usuaria.
- b) Quedan incluidos tanto los trabajadores cedidos contratados por tiempo indefinido como los contratados por duración determinada; afirmándose en el Considerando 15º de la Directiva que la forma general de relación laboral son los contratos de trabajo de duración indefinida, lo que permite, paradójicamente, prever, respecto a los trabajadores cedidos contratados bajo dicha fórmula, excepciones en la aplicación del principio de igualdad de trato en las condiciones esenciales de trabajo y empleo. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.
- c) Quedan incluidos todos los trabajadores cedidos a empresas usuarias con independencia de la causa que fundamente la cesión y la duración de la misma, y ya se trate de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial.
- d) Como única excepción desde la perspectiva subjetiva, se prevé que, tras consultar a los interlocutores sociales, los Estados podrán disponer

¹⁷ En el Considerando 19º se afirma: “la presente Directiva no afecta a la autonomía de los interlocutores sociales ni debe afectar a las relaciones entre estos, incluido el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, dentro del respeto a la legislación comunitaria vigente”.

que la Directiva no se aplique a los contratos de trabajo o relaciones laborales concluidos en el marco de un programa –público específico o apoyado por los poderes públicos– de formación, inserción y reconversión profesionales. Excepción que deberá, a nuestro entender, aplicarse e interpretarse de una forma restrictiva.

- e) El artículo 3.1.c) de la Directiva define el concepto de trabajador cedido por una ETT en los siguientes términos: todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una ETT que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección de ésta¹⁸.
- f) Cabe tener muy presente que la delimitación del concepto de trabajador¹⁹, contrato de trabajo y relación laboral quedan en manos, conforme al artículo 3.2 de la Directiva, del correspondiente Derecho nacional.
- g) En la línea de lo ya señalado anteriormente, los Estados no pueden excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a los trabajadores, los contratos de trabajo o las relaciones laborales únicamente por el hecho de que se trate de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una ETT.

Y, h) la aplicación de la Directiva queda restringida a aquellos trabajadores que han sido cedidos efectivamente a una empresa usuaria, descartándose fases previas o posteriores.

Nos encontramos, en definitiva, ante una delimitación amplia del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, en la línea, por otra parte, ya recogida en la legislación española.

Desde la perspectiva empresarial también se ofrece una delimitación amplia por cuanto la Directiva se aplica a las ETT y empresas usuarias, ya sean empresas públicas o privadas, que ejercen una actividad económica, independientemente de si tienen o no fines lucrativos. Los requisitos concretos (registro, concesión de licencia, certificación, garantía financiera o supervisión) que permiten identificar a una empresa como ETT quedan en manos de la legislación estatal y no constituyen una restricción o prohibición del recurso a las ETT, tal y como señala el artículo 4.4 de la Directiva.

¹⁸ Por su parte, el artículo 3.1.e) de la Directiva define el concepto de “misión” como el período durante el cual el trabajador cedido por una ETT tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria.

¹⁹ El artículo 3.1.a) de la Directiva define el concepto de “trabajador” como toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo.

Asimismo, en el artículo 3.1.b) y d) se recogen los conceptos, a los efectos de esta Directiva, de ETT y empresa usuaria. La primera se define como toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de éstas. Por su parte, la empresa usuaria se define como toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una ETT.

Desde la perspectiva empresarial también nos encontramos con una definición amplia del campo de aplicación de la Directiva; amplitud que no se corresponde totalmente con la legislación española, principalmente por el hecho de que aquella deja un escaso margen al recurso a las ETT en el sector público.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y SU TRASCENDENCIA EN EL CASO ESPAÑOL

3.1. El alcance del principio de igualdad de trato

Como ya hemos visto, uno de los fines esenciales de la Directiva 2008/104/CE es garantizar la igualdad de trato de los trabajadores cedidos, tomando como parámetro, por lo menos, las condiciones que se les hubieran aplicado si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo. Con ello se persigue mejorar las condiciones de trabajo de dichos trabajadores, especialmente en determinados países.

Sin embargo, también hemos apuntado que el alcance real de dicho principio es más limitado de lo que puede parecer en una primera aproximación y ello se debe a que así lo quiere la propia Directiva, al incorporar junto a la declaración general de dicho principio –artículo 5.1– varias restricciones y excepciones –artículo 5.2 a 4–. En torno a esta cuestión cabe realizar diversas consideraciones:

1^a) A pesar de las limitaciones y excepciones cabe reiterar la importancia que tiene el hecho de que la Directiva recoja el principio de igualdad de trato, mejorándose así la protección de los trabajadores cedidos por ETT, en la línea prevista en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2^a) Tal y como adelantamos, este principio abarca las denominadas “*condiciones esenciales de trabajo y de empleo*” de los trabajadores cedidos, esto es, las condiciones establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a la duración de la

jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas, los días festivos y la remuneración. Ello implica que, junto a la delimitación material (jornada, pausas...), dicho principio sólo abarca esas condiciones de trabajo y empleo cuando se hallan fijadas en disposiciones o convenios colectivos que tienen un alcance general y son aplicables en la empresa usuaria de que se trate.

Por tanto, el trabajador cedido a una empresa usuaria tendrá derecho, como mínimo, a que se le aplique la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, la regulación del trabajo nocturno, las vacaciones pagadas, los días festivos y la remuneración que derivan de normas y convenios de alcance general y que se le aplicarían si hubiese sido contratado directamente por dicha empresa. No se incluyen, pues, aquellas condiciones que derivan de disposiciones que no tienen alcance general. Condiciones mínimas, en su caso, mejorables, por ejemplo, por la vía del contrato de trabajo o por lo dispuesto en el propio convenio colectivo de la ETT. Cabe tener presente, asimismo, que, tal y como recuerda el artículo 9.1 de la Directiva, la misma no supondrá menoscabo del derecho de los Estados a aplicar o introducir disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores o de favorecer o permitir convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales más favorables a los trabajadores.

También cabe tener en cuenta que esas condiciones esenciales, aun estando limitadas, abarcan elementos clave de la ordenación del tiempo de trabajo y la propia remuneración (como crítica puede afirmarse que también podrían haberse incluido materias como la protección social complementaria o la formación). A lo que cabe añadir que la Directiva opta en dichas materias por tomar como punto de partida lo previsto en la normativa aplicable en la empresa usuaria lo que no implica necesariamente, en el caso concreto del convenio colectivo, que se aplique directamente al trabajador el convenio de dicha empresa sino que aquél constituye un contenido mínimo, en la línea de lo previsto en España en el artículo 11.1 de la LETT en materia retributiva.

3^a) Es importante la referencia expresa a que las condiciones esenciales ya citadas son las referidas al “*mismo puesto*” que desempeña el trabajador cedido en la empresa usuaria, por cuanto con ello se garantiza con mayor claridad el principio de igualdad de trato, ya de haberse empleado un concepto más indeterminado –por ejemplo “*el mismo o similar puesto de trabajo*”– se hubiera dejado margen a posibles abusos.

También cabe señalar que dicho principio sólo abarca, cosa lógica, al tiempo que dura la misión del trabajador cedido en la empresa usuaria; sea cual, no obstante, esa duración.

4^a) Aun cuando no aparecen definidas en el artículo 3.1.f) de la Directiva como condiciones esenciales de trabajo y de empleo, en el artículo 5 se recoge

la obligación de respetar, también como contenido del principio de igualdad de trato, las normas vigentes en la empresa usuaria relativas a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de los niños (cabe preguntarse en qué sentido, ¿medidas de conciliación quizás?) y jóvenes (en fin, protección de los colectivos especialmente sensibles, aun cuando se echa en falta una referencia a las personas con discapacidad), así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Normas vigentes que se identifican, nuevamente, con las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general.

Y a lo anterior cabe añadir que, conforme al artículo 5.4 párrafo 2º de la Directiva, los Estados deberán especificar, de conformidad con el artículo 3.2²⁰, si los regímenes profesionales de Seguridad Social, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera, están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y empleo.

5ª) Como primera excepción al principio de igualdad de trato, el artículo 5.2 de la Directiva prevé que, exclusivamente en materia de remuneración, los Estados podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones cuando los trabajadores cedidos por ETT, vinculados por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones. En este ámbito cabe señalar que:

a) Se trata de una posibilidad, al referirse la Directiva a que los Estados “*podrán*” recurrir a esta excepción, previa consulta a los interlocutores sociales.

b) Sólo puede afectar a la materia remuneración y cuando se trate de trabajadores con un contrato indefinido que, además, continúan percibiendo su remuneración durante el tiempo que transcurre entre misión y misión. Tal y como afirmábamos páginas atrás, resulta paradójico que la Directiva, en su Considerando 15º, considere que la forma general de relación laboral son los contratos de trabajo de duración indefinida y, posteriormente, añada que “*por consiguiente, en el caso de los trabajadores vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, teniendo en cuenta la protección particular que ofrece este tipo de contrato es preciso prever la posibilidad de contemplar excepciones a las normas aplicables en la empresa usuaria*”. Una

²⁰ “La presente Directiva no supone menoscabo del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración, del contrato de trabajo, de la relación laboral o del trabajador”.

mayor protección es precisamente, a la vez, justificación para una reducción de derechos.

c) No se concreta el alcance de la excepción, aunque se deduce que consistirá en no aplicar el principio de igualdad de trato en materia retributiva y, en consecuencia, permitir que el trabajador cedido con contrato indefinido que cobra durante los períodos intermisiones cobre menos, cuando está cedido, de lo previsto por las normas de aplicación general para el puesto de trabajo que está desempeñando en la empresa usuaria. Si no cobra durante dichos períodos intermisiones sí que se le aplicará el principio de igualdad de trato. Cabe tener presente que esta medida está pensada en clave de ETT y no de empresa usuaria ya que es aquella la que paga el salario al trabajador cedido.

Asimismo, al no preverse límite mínimo a esta excepción y siendo posible que el trabajador preste servicios para más de una empresa usuaria lo más probable es que se excepcione sin más la aplicación de la normativa retributiva de la empresa usuaria fijándose, por ejemplo en el convenio colectivo de la ETT, una retribución *ad hoc* para este tipo de trabajador, de cuantía más baja. A lo que cabe añadir que es muy posible que los períodos intermisiones sean escasos por lo que el perjuicio económico del trabajador, en cómputo anual, puede ser considerable (por cuanto si bien se le pagará también durante esos períodos intermisiones perderá remuneración ya que el resto del año se le ha estado pagando por debajo del salario que le correspondería de aplicarse el principio de igualdad de trato). Para evitar posibles abusos la propia Directiva debería haber establecido algún límite a la hora de acogerse a esta excepción, como, por ejemplo, garantizar el derecho a percibir un determinado porcentaje mínimo de la remuneración que se abona para el mismo puesto en la empresa usuaria.

A nuestro entender, esta excepción resulta muy discutible en cuanto puede reducir, incluso de forma importante, los derechos retributivos de los trabajadores cedidos por las ETT.

d) Al sólo preverse la excepción en materia retributiva se entiende que, en el resto de condiciones de trabajo y empleo, se aplica el principio de igualdad de trato, lo que supone, siguiendo con la crítica anterior, que el trabajador cedido con contrato indefinido tendrá derecho al mismo trato en materia de tiempo de trabajo que si lo hubiera contratado la empresa usuaria pero por ese tiempo de trabajo recibirá una retribución inferior.

Y, e) a pesar de que la redacción del artículo 5.2 resulta un tanto ambigua –se afirma, con carácter genérico, que los Estados podrán “*establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1*”– cabe concluir que con ello no se está habilitando la posibilidad de dejar sin efecto el principio de igualdad de trato en materia retributiva entre hombres y mujeres ni justificando ninguna otra posible desigualdad retributiva. En este sentido el propio artículo

5.4 de la Directiva señala que las disposiciones que fijen las excepciones se ajustarán al Derecho comunitario.

6ª) La segunda excepción al principio de igualdad de trato se encuentra en el artículo 5.3 de la Directiva, donde se establece que los Estados, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por ETT, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1. A estos efectos cabe hacer varias reflexiones:

- La excepción, nuevamente una posibilidad, corresponde mantenerla o fijarla a los interlocutores sociales, al nivel apropiado y conforme a las condiciones establecidas por los Estados (nivel y condiciones que, a su vez, pueden tener un carácter más o menos restrictivo, lo que repercutirá en el alcance real de la excepción).
- La forma de articular esta excepción consiste en mantener o celebrar convenios colectivos que contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo que pueden ser diferentes a las contempladas en el artículo 5.1. Por tanto, en convenios ya existentes o a la hora de celebrar nuevos convenios colectivos los negociadores optan por incluir, en las materias de tiempo de trabajo y de retribución ya vistas, condiciones diferentes, esto es, no se garantiza que parcialmente (en alguna o algunas materias) o en su totalidad coincidan con las que se aplicarían al trabajador cedido si hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria.
- Aun cuando no se identifican los interlocutores sociales, cabe entender que muy bien esta excepción podría articularse a través de la negociación colectiva desarrollada en el sector de las ETT.
- El único límite en este ámbito es la obligación de respetar la “*protección global de los trabajadores cedidos por ETT*” si bien no se precisa, de forma directa ni indirecta, qué cabe entender por tal, con lo que las opciones (e interpretaciones) quedan totalmente abiertas. A nuestro entender, la Directiva debería haber fijado unos límites mínimos infranqueables para la puesta en práctica de esta excepción, por cuanto su actualización según en qué términos puede desvirtuar totalmente el principio de igualdad de trato. La ambigüedad de los términos “*protección global*” resulta muy discutible.
- Nuevamente, cabe entender que la excepción afecta a las materias ordenación del tiempo de trabajo y retribución pero no a la aplicación de las normas relativas a igualdad y no discriminación y a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, niños y jóvenes.

- Esta excepción afectaría a todos los trabajadores cedidos por ETT, con independencia de que hubieran sido contratados por tiempo indefinido o determinado.

7ª) La tercera y última excepción al principio de igualdad de trato se recoge en el artículo 5.4 de la Directiva, donde se establece que siempre que se ofrezca un nivel de protección adecuado para los trabajadores cedidos por ETT los Estados en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, podrán, previa consulta de los interlocutores sociales a escala nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por estos, establecer disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que constituyan excepciones al principio contemplado en el artículo 5.1. Dichas disposiciones podrán incluir la fijación de un plazo para alcanzar la igualdad de trato.

A este respecto cabe señalar que:

- Esta excepción está diseñada para cubrir una realidad concreta: países en cuya legislación no existe un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni existe en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados.
- Se trata, nuevamente, de una posibilidad, que se articulará a través de disposiciones que se adoptarán previa consulta de los interlocutores sociales a nivel nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por éstos. La relevancia que en este tema se otorga a los interlocutores sociales es evidente.
- La excepción puede afectar a las condiciones relativas a la ordenación del tiempo de trabajo y a la retribución y el único límite previsto es garantizar un “*nivel de protección adecuado*” para los trabajadores cedidos por ETT. Concepto distinto del contemplado en la segunda excepción y que tampoco aparece definido en la Directiva. Tal y como señalamos al tratar de la excepción anterior, la Directiva debería haber fijado unos límites mínimos infranqueables ya que el principio de igualdad de trato puede resultar claramente desvirtuado.
- En este caso parece considerarse que la igualdad de trato es un objetivo deseable, por lo que se prevé expresamente que las disposiciones que instauren la excepción pueden –no deben– incluir un plazo para alcanzar dicha igualdad.
- Esta excepción tiene un amplio ámbito subjetivo de aplicación y, en consecuencia, podría afectar tanto a los trabajadores cedidos contratados por tiempo indefinido como a los contratados por duración determinada.

8ª) Con carácter común a todas las excepciones se recoge el necesario respeto al Derecho comunitario así como el hecho de que las disposiciones que las fijan deben ser suficientemente precisas y accesibles para permitir a los sectores y empresas afectados identificar y cumplir sus obligaciones. Dichas disposiciones se entenderán, asimismo, sin perjuicio de los acuerdos a escala nacional, regional, local o sectorial que sean menos desfavorables a los trabajadores.

9ª) En el artículo 5.5 de la Directiva se prevé expresamente que los Estados adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de las excepciones al principio de igualdad de trato y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas.

Tal y como venimos afirmando, el alcance de las excepciones así como la ausencia de límites concretos en su implantación pueden hacer que el principio general –la igualdad de trato que se pretende garantizar a los trabajadores cedidos– se convierta finalmente en la excepción. Éste es, sin duda, un claro –e importante– punto débil de la Directiva.

3.2. El impacto del principio de igualdad de trato en el caso de España

Si nos preguntamos qué impacto tiene este principio de igualdad de trato en el caso español cabe responder que efectivamente existe ese impacto aun cuando su efecto es limitado, como consecuencia del juego conjunto de la LETT y la negociación colectiva vigente.

En primer lugar, en materia retributiva, el propio artículo 11.1 de la LETT reconoce, desde la reforma llevada a cabo por la Ley 29/1999, de 16 de julio, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tienen derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo. Dicha remuneración deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones, siendo responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador. A tal efecto, la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador. En términos semejantes se manifiesta el artículo 32 del V Convenio colectivo estatal de ETT²¹.

²¹ “1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retri-

En este ámbito cabe recordar la decisión del Tribunal Supremo (SSTS de 18 de marzo de 2004 «rec. 23/2003» y 7 de febrero de 2007 «rec. n.º 104/2005»²²) –no seguida por todos los Tribunales Superiores de Justicia²³– de excluir del concepto “retribución” presente en el citado artículo 11.1 de la LETT a las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social. A lo que cabe añadir que, tal y como señala la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2006 (rec. n.º 609/2006), la garantía del citado artículo 11.1 sí alcanza a las percepciones extrasalariales que compensan el gasto producido como consecuencia de la actividad laboral (por ejemplo, el plus de distancia)²⁴.

Conforme a lo previsto en los artículos 11.1 de la LETT y 32 del V Convenio colectivo estatal de ETT puede entenderse que, en el caso español, ya se cumple con el principio de igualdad de trato en materia retributiva pero también cabe tener presente que la amplitud con que la Directiva prevé dicho principio condiciona *pro futuro* la interpretación del citado artículo 11.1, al garantizar aquélla, sin matices, el derecho del trabajador cedido a percibir la remuneración que le correspondería de haber sido contratado directamente por la empresa usuaria para el mismo puesto de trabajo.

En segundo lugar, como vimos, el principio de igualdad de trato afecta a cuestiones vinculadas con la ordenación del tiempo de trabajo (duración de la jornada, horas extraordinarias, pausas, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones pagadas y días festivos), e implica que el trabajador cedido tiene derecho a que, en esas materias, se le aplique, por lo menos, el régimen previsto para un trabajador contratado directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo.

Lo anterior implica precisamente una igualdad de trato en materia de ordenación del tiempo de trabajo no prevista por la LETT, lo que supone, de por sí

bución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria, según el Convenio Colectivo aplicable a la misma, calculada por unidad de tiempo. Dicha remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, de la empresa usuaria vinculadas al puesto de trabajo. Deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. A los efectos anteriores y con el fin de clarificar el concepto legal de Convenio Colectivo aplicable, serán de aplicación las retribuciones establecidas en los Convenios Colectivos de carácter estatutario o extraestatutario, así como pactos o acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa usuaria. Quedan excluidos los pactos individuales y los complementos denominados «ad personam», no vinculados al puesto de trabajo...” (BOE de 8 de febrero de 2008).

²² También, más recientemente, STS UD de 22 de enero de 2009 (rec. n.º 4262/2007).

²³ Cabe citar, no obstante, sentencias que reconocen el derecho a cobrar las mejoras voluntarias: STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007 (rec. n.º 2735/2006). En sentido contrario SSTSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2007 (rec. n.º 1911/2007) y 19 de septiembre de 2008 (rec. n.º 341/2008).

²⁴ Vid, asimismo, STS UD de 22 de enero de 2009 (rec. n.º 4262/2007).

una importante novedad y un avance respecto de lo allí previsto, pero sólo relativo, por cuanto esa igualdad se alcanza actualmente –por razones estructurales y productivas– conforme a lo establecido en el V Convenio colectivo estatal de ETT²⁵, ya que su artículo 33.2 señala que la jornada de trabajo del personal puesto a disposición será la aplicable en la empresa usuaria, en función del puesto de trabajo desempeñado, mientras que el horario de trabajo y la distribución de la jornada serán las establecidas conforme al marco horario aplicable a la empresa usuaria, salvo que por necesidades productivas u organizativas se fijen otras distintas. En cualquier caso habrán de observarse las disposiciones de carácter general sobre descanso mínimo entre jornadas.

En el mismo sentido, el artículo 34.3 del Convenio afirma que en materia de retribución de las horas extraordinarias será de aplicación lo dispuesto al efecto en el convenio colectivo de la empresa usuaria; y el artículo 35.2 señala que respecto de la jornada nocturna resultará aplicable lo establecido en el convenio colectivo de la empresa usuaria. Y, en fin, en los artículos 36.2 y 41.2 se prevé la aplicación del citado convenio en las materias de descanso semanal, festividades y duración de las vacaciones.

Puede afirmarse, pues, que el mandato del artículo 5 de la Directiva respecto a la ordenación del tiempo de trabajo se cubre en el caso español con el contenido de la negociación colectiva, pero también cabe tener presente que ese mandato condiciona, por un lado, la interpretación de lo dispuesto en los preceptos citados del V Convenio colectivo estatal, llevándola a reconocer la equiparación de condiciones con lo previsto para el mismo puesto de trabajo, sin matices a nuestro entender (como el que parece desprenderse de la regulación referida al horario de trabajo y distribución de la jornada en el artículo 33.2 del Convenio) y, por otro lado, vincula la negociación colectiva posterior que deberá seguir manteniéndose en el futuro respetuosa con el principio de igualdad de trato, salvo que se opte, como se hizo en materia retributiva, por trasladarlo también al marco de la propia LETT.

A nuestro entender, si bien el principio de igualdad de trato en materia de ordenación del tiempo de trabajo estaba ya presente en la negociación colectiva española, la Directiva aporta un *plus* al cerrar la posibilidad de vías de escape –más o menos amplias– al hecho de que el trabajador cedido por una ETT tiene derecho a que se le aplique en relación con la duración de la jornada, horas extraordinarias, pausas, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones pagadas y días festivos, el mismo trato que si estuviera directamente contratado por la empresa usuaria para el mismo puesto de trabajo; atajándose, de ese modo, la posibilidad de que sea un trabajador *comodín* en esas cuestiones.

²⁵ Tal y como señala Luján Alcaraz, J., “La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal”, *Aranzadi Social*, 2008, p. 5.

En tercer lugar, como afirmamos, el principio de igualdad de trato alcanza a las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general relativas a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Todo ello implica, a nuestros efectos, que al trabajador cedido se le aplicarán todas las normas vigentes en la empresa usuaria relativas a dichas materias, lo que implica aplicarle no sólo lo recogido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la normativa laboral vinculada con el trabajo de los jóvenes, sino también todo aquello que, respecto de dichas materias, se encuentre previsto en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria.

Lógicamente, la aplicación de lo previsto en las Leyes –por su alcance generalizado– no comporta en sí una novedad pero sí lo es que, en estas cuestiones, se incluyan las medidas establecidas en el convenio colectivo de la empresa usuaria cuyo contenido puede ser más o menos innovador. A lo que cabe añadir el hecho de que la amplitud con que se define el contenido de las políticas de igualdad de trato entre hombres y mujeres haga preguntarse, por ejemplo, si la garantía del artículo 5 de la Directiva alcanza no sólo a cuestiones estrictas de igualdad de trato entre hombres y mujeres sino también a materias como las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, también vinculadas con dichas políticas.

En cuarto lugar, cabe destacar que, como vimos, la Directiva deja en manos de los Estados la especificación de si los regímenes profesionales de Seguridad Social²⁶, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo (en cuanto se vinculan, como ha ocurrido en nuestro país, con el concepto de remuneración). En este punto, desde la perspectiva española queda pendiente esa especificación, que resulta especialmente importante en cuestiones como las mejoras voluntarias o

²⁶ Cabe recordar que por tales regímenes se entienden aquellos que tienen por objeto proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes es obligatoria como si es facultativa (<http://europa.eu>).

la inclusión de contratos de seguros o planes de pensiones en los convenios colectivos de la empresa usuaria. Deberá, pues, el legislador español –cabe entender mediante una modificación de la LETT– fijar expresamente si el trabajador cedido tiene derecho o no a disfrutar durante su puesta a disposición de tales mejoras, contratos o planes de pensiones²⁷.

Por otra parte, en relación con las excepciones previstas en el artículo 5 de la Directiva, ya examinadas, cabe realizar las siguientes consideraciones:

1ª) La primera de ellas no tiene margen de actuación en el caso de España por cuanto el propio artículo 11.1 de la LETT recoge, como ya hemos señalado, un principio de igualdad retributiva para todo tipo de trabajador cedido, incorporando, por tanto, tanto a los contratados por tiempo indefinido como por duración determinada. A lo que cabe añadir que, a diferencia de otros países, en el nuestro las ETT muy puntualmente recurren a la contratación indefinida para los trabajadores cedidos, limitándola a los casos del personal de estructura.

2ª) Tampoco resulta de aplicación la excepción prevista en el apartado 4º del citado artículo 5, pensada, como vimos, para los Estados en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, que, como es bien sabido, no es el caso de nuestro país.

Y, 3ª) en fin, resta la excepción recogida en el artículo 5.3, según la cual, como analizamos en su momento, los Estados, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles al nivel apropiado la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos, contemplen acuerdos relativos a sus condiciones de trabajo y de empleo que puedan ser diferentes de los contemplados conforme al principio de igualdad de trato.

No obstante, esta excepción tampoco resulta aplicable en el supuesto de España por dos motivos: en materia retributiva por lo ya previsto en el artículo 11.1 de la LETT y, en el caso de la ordenación del tiempo de trabajo por lo dispuesto en el artículo 9.2 de la propia Directiva, donde se afirma que la aplicación de la misma no constituirá en ningún caso motivo suficiente para justificar una reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la misma. Como hemos visto, el V Convenio colectivo estatal de ETT ya recoge, con mínimos matices, el principio de igualdad de trato en materia tiempo de trabajo, por lo que la Directiva y, en concreto la vía recogida en su artículo 5.3, no pueden utilizarse para rebajar el nivel de protección ya existente.

²⁷ En este tema cabe recordar que la propia normativa que regula los planes de pensiones permite excluir de su ámbito de aplicación a los trabajadores con una antigüedad en la empresa inferior a dos años.

4. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHO A LOS TRABAJADORES CEDIDOS: ACCESO AL EMPLEO, A LAS INSTALACIONES COMUNES Y A LA FORMACIÓN PROFESIONAL

4.1. Acceso al empleo

Junto al principio de igualdad de trato y con un carácter más específico, el artículo 6 de la Directiva reconoce varios derechos concretos a los trabajadores cedidos por las ETT, que abarcan ámbitos bastante diversos.

En primer lugar, los trabajadores cedidos serán informados de los puestos de trabajo vacantes existentes en la empresa usuaria para que tengan las mismas oportunidades que los demás trabajadores de dicha empresa de obtener un empleo indefinido. Esta información podrá ser facilitada mediante un anuncio general expuesto en un lugar adecuado de la empresa usuaria a la cual y bajo cuya supervisión, estén vinculados los trabajadores cedidos por la ETT.

Cabe señalar que tal disposición supone un avance en la mejora de la posición de los trabajadores cedidos y en la búsqueda de la equiparación que precisamente impregna la Directiva. Asimismo, se trata de una medida con impacto en el caso español por cuanto una medida de ese tipo no está prevista actualmente en la LETT ni en la negociación colectiva, lo que deberá corregirse en breve.

Cabe recordar, no obstante, que el artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores recoge una medida semejante para el caso de los trabajadores de las empresas con contratos de duración determinada o temporal. Tras la Directiva esa obligación informativa también alcanza a los trabajadores de las ETT, debiéndose incorporar dicha obligación, como apuntábamos, en la LETT o en la negociación colectiva así como las consecuencias de su incumplimiento en el marco de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social²⁸.

Cabe tener presente, no obstante, que la obligación impuesta a la empresa usuaria sólo consiste en exponer un anuncio general en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo (de posible acceso, por tanto, a los trabajadores cedidos por ETT) donde se reflejen los puestos de trabajo vacantes, no exigiéndose una información de carácter individual²⁹. Información, cabe entender, que se irá actualizando conforme se vayan produciendo nuevas vacantes por tiempo indefinido en la empresa, aun cuando, nada impediría, a nuestro entender, que en dicho anuncio se incluyesen también las vacantes de carácter temporal.

²⁸ En la línea del artículo 6.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para el caso de los artículos 12.4 y 15.7 del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹ Luján Alcaraz, J., "La directiva...", ob.cit. p. 7.

Lógicamente, el objetivo de dicha información es facilitar que el trabajador cedido pueda conocer la existencia de vacantes y solicitar y obtener un empleo estable en alguna de las empresas usuarias a las que ha sido destinado, admitiéndose implícitamente con ello, la peculiaridad (o mayor precariedad) del trabajo a través de ETT. Se equipara de ese modo en esta materia a los trabajadores de ETT con los trabajadores temporales de la empresa usuaria, con la idea, en palabras de la propia Directiva, de que tengan las mismas oportunidades que los demás trabajadores de dicha empresa usuaria de obtener un empleo indefinido.

En fin, en esta cuestión cabe señalar que aunque la Directiva se refiere, como hemos visto, a la fórmula de un anuncio general también afirma que la información “*podrá ser facilitada*” de esa forma, lo que no descarta, a nuestro entender, la posibilidad de establecer otras vías de información, siempre que resulten acertadas y seguras a la hora de transmitir en tiempo y forma la información a los trabajadores cedidos por ETT.

En segundo lugar, el artículo 6.2 establece que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que las cláusulas que prohíben o tienen por efecto impedir la formalización de un contrato de trabajo o de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador cedido por una ETT, tras la expiración de su puesta a disposición sean nulas o puedan ser declaradas nulas. Resulta evidente la finalidad perseguida por esta vía: facilitar la contratación del trabajador cedido por la empresa usuaria en la que ha prestado servicios, por cuanto, no podemos olvidarlo, las ETT también cumplen una función de puesta en contacto –para su posterior contratación– entre trabajadores y empresas usuarias.

Los Estados deben prever expresamente la nulidad o fijar un procedimiento para que sean declaradas nulas las cláusulas que prohíben directamente o impiden –cualquiera que sea el mecanismo utilizado– que la empresa usuaria contrate, tras la puesta a disposición, al trabajador que le ha cedido una ETT. Todo ello sin perjuicio de las disposiciones según las cuales las ETT reciben un determinado nivel de compensaciones por los servicios proporcionados a las empresas usuarias en materia de misiones, contratación y formación de trabajadores cedidos por ETT.

En el caso español, el artículo 7.3 de la LETT ya recoge que será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador cedido por la empresa usuaria a la finalización del citado contrato de puesta a disposición. Por tanto, ya se cumple con lo previsto en el citado artículo 6.2, aun cuando probablemente la Directiva exige ir más allá por cuanto no sólo se refiere a cualquier tipo de cláusula que prohíba dicha contratación –esté recogida en el correspondiente contrato de puesta a disposición, en el contrato de trabajo.– sino también a cualquier cláusula –con independencia, nuevamente, de dónde y cómo esté ubicada– que impida en la práctica dicha

contratación. Probablemente, la Directiva exija una reforma del citado artículo 7.3 de la LETT con el objetivo de ampliar su alcance. En este último sentido el artículo 48.1 del V Convenio colectivo estatal de ETT establece ya que serán nulas las cláusulas de los contratos individuales de trabajo que prohíban la incorporación del trabajador que presta sus servicios en una empresa usuaria a la plantilla de ésta a la finalización del contrato de puesta a disposición; añadiéndose a ello que si el trabajador cedido hubiera concertado con la ETT un pacto de permanencia y su incorporación a la empresa usuaria supusiera su incumplimiento, deberá satisfacer a aquélla la indemnización que en concepto de daños y perjuicios se hubiere acordado³⁰.

Finalmente, según el artículo 6.3 de la Directiva, las ETT no podrán exigir a los trabajadores cedidos el pago de honorarios, a cambio de haber gestionado su contratación por una empresa usuaria o por la celebración de contratos de trabajo o la concertación de relaciones laborales con la empresa usuaria una vez finalizada una misión en esa empresa usuaria. Artículo que parece adolecer de una cierta incorrección técnica al referirse a la gestión de la “contratación” del trabajador por una empresa usuaria por cuanto en el fondo parece referirse –sino su contenido sería reiterativo– a la gestión de la puesta a disposición del trabajador a favor de una empresa usuaria. No cabe olvidar, además, que, tal y como reconoce la propia Directiva, el empleador del trabajador cedido es la ETT y no la empresa usuaria.

En todo caso, este artículo pretende prohibir el cobro de cantidades al trabajador cedido por parte de la ETT por el hecho de ponerlo a disposición de una empresa usuaria o por motivo de su contratación por dicha empresa una vez finalizada la puesta a disposición. Tal y como sabemos, la ETT debe recibir los correspondientes pagos vinculados a su prestación de servicios exclusivamente a cargo de la empresa usuaria.

En el caso de España, el artículo 12.4 de la LETT manifiesta que será nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador cedido a pagar a la ETT cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación. Como en el supuesto anterior, a nuestro entender, si bien dicho precepto

³⁰ A estos efectos, en el artículo 21.2 del V Convenio colectivo estatal se afirma que: “Si el trabajador hubiere recibido una especialización profesional con cargo a la empresa de trabajo temporal para efectuar un trabajo específico en una empresa usuaria, podrá pactarse por escrito entre trabajador y empresa de trabajo temporal la permanencia en ésta durante el período de tiempo al que se extienda el contrato de puesta a disposición, sin que en ningún caso sobrepase un año de duración. En el supuesto de que el trabajador incumpliera el pacto de permanencia previsto en el párrafo anterior, la empresa de trabajo temporal tendrá derecho a la percepción de una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía será directamente proporcional al desembolso, debidamente acreditado, efectuado por la empresa, en relación con el plazo de permanencia incumplido por el trabajador”.

se encuentra dentro de la lógica del artículo 6.3 de la Directiva no lo recoge totalmente, por cuanto éste último también amplía la prohibición a cualquier cobro vinculado con la contratación posterior del trabajador por parte de la empresa usuaria. Nuevamente, a nuestro entender, la Directiva conlleva una modificación parcial del citado precepto con el objetivo de recoger también ese último tipo de cobro.

4.2. Acceso a las instalaciones comunes de la empresa usuaria

Dentro de la misma lógica seguida por la Directiva de garantizar la igualdad de trato, el artículo 6.4 de la misma afirma que los trabajadores cedidos por ETT disfrutarán del acceso a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria, en particular los servicios de comedor, guardería y transporte en las mismas condiciones que los trabajadores empleados por la empresa usuaria, a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente. En este ámbito cabe realizar varias consideraciones:

a) Por su ubicación separada, los concretos términos empleados y la referencia expresa que se hace en el precepto a “*no obstante lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1*”, cabe entender que el acceso a las instalaciones o servicios comunes existentes en la empresa usuaria constituye un verdadero derecho de todos los trabajadores cedidos por ETT, con independencia del alcance real que se otorgue al principio de igualdad de trato previsto en el citado artículo 5.1. Es decir, el trabajador tendrá siempre derecho a ese acceso aun cuando el principio de igualdad de trato quede bastante reducido en su caso como consecuencia de la aplicación de alguna de las excepciones previstas en el artículo 5.1.

b) Se prevé el acceso a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria identificando algunos ejemplos de ese tipo de instalaciones o servicios. Ello implica que se trata de una lista abierta y, por tanto, el trabajador también tendría derecho a acceder a cualquier otro servicio o instalación común que pudiera existir en la empresa usuaria como, por ejemplo, salas de descanso, instalaciones deportivas, etc.

c) El trabajador cedido disfrutará de tales instalaciones o servicios en las mismas condiciones que los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria, a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente. A nuestro entender, esa posible exclusión deberá estar suficientemente justificada y es difícil imaginar motivos para ello.

En relación con el efecto que este precepto puede tener en el caso de España, cabe señalar que el artículo 17.2 de la LETT, bajo el título de “*derechos de los trabajadores en la empresa usuaria*” reconoce que los trabajadores cedidos tienen derecho a la utilización del transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a

disposición. De este modo, se cumple y se mejora –al no preverse exclusión posible– lo dispuesto en el artículo 6.4 de la Directiva.

4.3. Formación profesional de los trabajadores cedidos por ETT

A estos efectos en el artículo 6.5 de la Directiva se señala que los Estados adoptarán las medidas adecuadas o promoverán el diálogo entre los interlocutores sociales, de conformidad con sus tradiciones y prácticas nacionales, con vistas a mejorar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación y a los servicios de guardería infantil en las ETT, incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo. En el mismo sentido se adoptarán medidas para mejorar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

En este ámbito bajo la referencia común a la formación se mezclan cuestiones varias que es preciso diferenciar.

En primer lugar, cabe destacar que, a diferencia del resto de las cuestiones tratadas en el artículo 6, en este caso las medidas a adoptar pueden arbitrarlas directamente los Estados o bien estos pueden optar por promover el diálogo entre los interlocutores sociales. A nuestro entender, el nivel de incidencia de estas medidas parece ser menor a pesar de la trascendencia que tiene el diálogo social.

En segundo lugar, cualquiera que sea la vía empleada, uno de los objetivos perseguidos es mejorar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación y a los servicios de guardería infantil en las ETT, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo. A nuestro entender, en este ámbito cabe hacer cinco reflexiones:

a) No se persigue garantizar el simple acceso a la formación por parte de dichos trabajadores sino mejorar dicho acceso con un objetivo concreto, que es incrementar su empleabilidad y permitirles el desarrollo de una carrera profesional (haciéndose frente precisamente a una de las críticas que se hace actualmente al trabajo a través de ETT).

b) Si se pretende mejorar la empleabilidad dicho objetivo no se cubre dándole al trabajador cedido la formación necesaria (incluida la de prevención de riesgos laborales) para poder desempeñar adecuadamente el trabajo de que se trate en la empresa o empresas usuarias en las que vaya a prestar servicios sino que la Directiva pretende ir más allá, es decir ofrecer, además de la anterior, otra formación adicional encaminada a lograr una mejora de la empleabilidad de tales trabajadores y de su aptitud para el empleo. A nuestro entender, en este tema la Directiva entra en la lógica de lo que la propia Unión Europea llama “*aprendizaje permanente*” de los trabajadores.

c) Como hemos visto, se hace referencia expresa a la mejora de las posibilidades de acceso a los servicios de guardería infantil existentes en las ETT. Con ello se introduce una medida de conciliación de la vida laboral y familiar que puede sorprender en un inicio pero que responde a la lógica de evitar que precisamente el cuidado de un hijo o hija sea un límite infranqueable –principalmente para las mujeres– en el acceso a la formación profesional y en el desarrollo de una carrera profesional.

d) En multitud de casos la carrera profesional a la que se refiere este precepto no va a desarrollarse en la ETT que proporciona la formación y ni siquiera en el sector de las ETT, pero con lo señalado en este precepto se pretende hacer frente, como apuntábamos anteriormente, a uno de los puntos negros o críticas fundadas que se realiza precisamente a este sector: la escasa formación ofrecida a sus trabajadores y la escasa calidad –en términos de empleabilidad– que comporta el trabajo realizado en el marco de las ETT.

e) A pesar de la buena voluntad expresada en esta materia, se debe ser consciente de que los términos concretos de la mejora pretendida queda en manos de los Estados o de los interlocutores sociales y, por tanto, el alcance real de esta medida está condicionado a lo que aquéllos consideren conveniente.

Y junto a lo anterior y en la misma línea, también se prevé que debe mejorarse el acceso a la formación y a los servicios de guardería infantil incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones. Con ello se refuerza la idea de que lo que se pretende no es sólo mejorar la formación de los trabajadores cedidos sino, sobre todo, mejorar su empleabilidad. Cabe entender, no obstante, que salvo disposición expresa en contra, la formación entre misiones no tiene carácter retribuido.

En relación con el impacto que esta medida tiene en el caso español cabe recordar que el artículo 12.2 de la LETT señala que las ETT están obligadas a destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores cedidos, sin perjuicio de la obligación legal de cotizar por formación profesional. A la obligación de formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales³¹ se refiere el artículo 12.3 de la LETT. También cabe citar el artículo 49 del V Convenio colectivo estatal de ETT donde se afirma que con la finalidad de dar cumplimiento a la obligación general de suministrar al personal de puesta a disposición la formación nece-

³¹ Formación que deberá ser la necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto. En caso contrario, deberá facilitarse dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios.

saria y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, las ETT destinarán con periodicidad anual el 1 por 100 de la masa salarial a tal fin; cantidad que se incrementa en un 0,25 por 100 de la masa salarial en atención a la formación en materia de prevención de riesgos laborales.

De todo ello cabe deducir que se cumple lo exigido en la Directiva, pero con algunos matices: 1º) por vía legal o convencional debería hacerse referencia expresa al acceso a los servicios de guardería infantil existentes, en su caso, en las ETT (el trasfondo de conciliación de la vida laboral y familiar así lo exige); 2º) por las mismas vías debería plantearse la mejora de la formación mediante el acceso a la misma también durante los períodos comprendidos entre las misiones; y, 3º) en fin, por esas mismas vías debería insistirse especialmente en la perspectiva de la empleabilidad del trabajador antes apuntada. El citado artículo 12.2 hace referencia a la formación pero, a nuestro entender, no tiene en mente la mejora de la empleabilidad del trabajador cedido ni tampoco pretende que se diseñe la formación que se le dé al trabajador cedido con el objetivo de facilitarle el desarrollo de una verdadera carrera profesional, sino que dicho precepto parece centrarse exclusivamente en la formación necesaria para el desempeño adecuado del puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria y en la formación precisa en materia de prevención de riesgos laborales. Prueba de ello es, además, el artículo 49 del V Convenio colectivo estatal, donde, como hemos visto, la formación a dar es *“la necesaria y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir”*. A nuestro entender, en este tema la Directiva nos impone, nuevamente, un cambio de perspectiva.

Y en tercer lugar, se propone la mejora del acceso de los trabajadores cedidos a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias. En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

1ª) Nuevamente, esta mejora se deja en manos de las medidas que adopten los Estados o los interlocutores sociales, entendiendo por tales, los correspondientes a las empresas usuarias, al ser éstos los que pueden facilitar dicha mejora. No obstante, cabe insistir en que la Directiva pretende que tales medidas se pongan en práctica, sea cual sea la vía utilizada, aun cuando probablemente la directa intervención estatal resulte más rápida.

Con esta medida, como en el caso anterior, pretende mejorarse la empleabilidad de los trabajadores cedidos por ETT, mejorando su formación más allá del desempeño concreto de un puesto de trabajo en una empresa usuaria.

2ª) El objetivo que se persigue es mejorar el acceso a la formación ya disponible (a toda ella) en la empresa usuaria, lo que descarta la obligación de establecer una formación específica para los trabajadores cedidos. Se pretende, conforme a la idea de fondo de la propia Directiva, lograr nuevamente la igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por ETT y los trabajadores de la empresa usuaria. En la línea de lo previsto en el artículo 5.1 de la Directiva,

a nuestro entender, se pretende garantizar que el trabajador cedido acceda a la misma formación a la que podría acceder de haber sido contratado directamente por la empresa usuaria.

Cabe tener presente que esta medida implica que la empresa usuaria va a dedicar parte de sus recursos a formar a personas que, aunque prestan servicios para ella, no son sus trabajadores (aunque precisamente por acceder a su formación y por la vía de un mayor conocimiento entre las partes puedan convertirse en sus trabajadores), por lo que también cabe preguntarse si esa posibilidad –y eventual coste– pueden tenerse en cuenta a la hora de pactar el importe a abonar a la ETT por la puesta a disposición de los trabajadores.

3ª) Se trata de una medida cuyos beneficiarios son todos los trabajadores cedidos a una empresa usuaria, con independencia de la causa de la cesión y su duración. Y podrá accederse a dicha medida durante el tiempo de puesta a disposición en la correspondiente empresa usuaria.

4ª) No se concreta la forma cómo se puede articular dicha mejora en el acceso a la formación e incluso parece partirse de que ese acceso existe ya en la actualidad. Probablemente, podrían establecerse mecanismos como una cuota de reserva a favor de los trabajadores cedidos para evitar que, en la práctica, toda la formación quede reservada a los trabajadores de la empresa usuaria. La forma de concretar dicha mejora –con mayor o menor intensidad– se deja en manos del Estado o de los interlocutores sociales, pero, en todo caso, debe preverse una mejora real en el acceso a la formación que se presta en la empresa usuaria.

5ª) No puede establecerse ningún pacto o cláusula que impida el acceso a la formación en la empresa usuaria, ni exigirse ningún pago por la misma. Asimismo, cuando se acceda a la formación se hará en las mismas condiciones que los trabajadores de la empresa usuaria (dentro de la jornada, compensándose el tiempo dedicado, puede tratarse de una formación que se dé en la empresa usuaria o en un centro externo...).

Finalmente, respecto al impacto que esta medida tiene en el caso español, cabe señalar que el mismo existe por cuanto, hasta ahora, no estaba previsto siquiera el acceso de los trabajadores cedidos a la formación de las empresas usuarias y mucho menos su mejora. En este punto cabe recordar que lo único establecido, en el artículo 15.7 párrafo tercero del Estatuto de los Trabajadores, es que los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales a la formación profesional continua, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

En esta materia, pues, el cumplimiento de la Directiva requiere o bien una modificación de la LETT –vía más rápida y efectiva, a nuestro entender– en la que se prevea el acceso de los trabajadores cedidos a la formación que se da en

la empresa usuaria, concretándose con claridad los términos de dicho acceso, o bien instar a los agentes sociales a que promuevan tal acceso. Agentes sociales que, como apuntábamos anteriormente, son los correspondientes a las empresas usuarias –con la dificultad, por su fragmentación, que ello supone– por cuanto los convenios colectivos aplicables a las ETT no tienen competencia para imponer dicha obligación a las empresas usuarias. Desde la perspectiva sancionadora también deberá incluirse en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social la correspondiente infracción y sanción para el caso de incumplimiento por parte de la empresa usuaria.

Se trata, por otra parte, de un cambio importante en cuanto, junto al acceso previsto en el artículo 17 de la LETT al transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria, los trabajadores cedidos también tienen derecho, a partir de la Directiva, a acceder a la formación disponible en la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición.

5. MODIFICACIONES EN EL MARCO DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS Y LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN

También dentro de la lógica del reconocimiento de nuevos derechos a los trabajadores cedidos, el artículo 7.1 de la Directiva reconoce que éstos serán tenidos en cuenta, en las condiciones definidas por los Estados, para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse, en la ETT, los órganos de representación de los trabajadores previstos por el Derecho comunitario y nacional y por los convenios colectivos. Se trata, pues, de una obligación de los Estados –no de una posibilidad– que se manifiesta en el marco más amplio posible, esto es, tanto a nivel comunitario como estatal. No obstante, la Directiva no prevé la fórmula para proceder a dicho cómputo (margen de referencia temporal a tener en cuenta, cómo computar a los trabajadores con puestas a disposición de escasa duración aunque parece que deberían computarse de algún modo al referirse la Directiva a todos los trabajadores cedidos...), dejándose tal cuestión en manos de los Estados, lo que implicará respuestas muy diferentes en la práctica. A pesar de ello, esta medida supone un nuevo avance en el proceso de equiparación –y visibilidad– de los trabajadores cedidos que subyace en la propia Directiva.

Por otra parte, el artículo 7.2 establece que los Estados podrán prever, en las condiciones definidas por ellos, que los trabajadores cedidos por ETT sean tenidos en cuenta, dentro de la empresa usuaria, como lo son o lo serían los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria con contratos de la misma duración, para el cálculo del umbral a partir del cual pueden constituirse

los órganos de representación de los trabajadores, previstos por el Derecho comunitario y nacional y los convenios colectivos. Los Estados que se acojan a esta opción no tienen la obligación, antes vista, de computar a los trabajadores cedidos a la hora de conformar los órganos de representación de la ETT. Consideración que comporta, asimismo, que lo previsto en el citado artículo 7.2 sea una posibilidad –“*podrán*”– y no una obligación, y que las condiciones de su puesta en práctica dependan exclusivamente de lo señalado por los Estados que opten por ello, con la única salvedad de que los trabajadores cedidos deben computarse, dentro de la empresa usuaria, como lo es o sería (para el caso de que en ese momento no esté contratado) un trabajador de dicha empresa con un contrato de la misma duración.

Cabe destacar que, si bien los Estados pueden optar por una u otra posibilidad de cómputo de los trabajadores cedidos³², la Directiva parece decantarse por la primera al imponerla –así se afirma que los trabajadores “*serán tenidos en cuenta*”– salvo que el Estado elija –la Directiva se refiere a que los Estados “*podrán prever*”– la segunda opción. Esa preferencia se basa, a nuestro entender, en que puede resultar más fácil de gestionar (y asumir) el cómputo en el marco de la ETT que en la empresa usuaria.

También cabe tener presente que la Directiva no incluye regla alguna para resolver el complejo tema a nivel estatal, de qué hacer en los supuestos en que una reducción del número de trabajadores computables afecta a la configuración del órgano de representación durante su mandato. Y tampoco se excluye la posibilidad, prevista en el caso español como veremos a continuación, de que con independencia de dónde se computen los trabajadores cedidos, éstos puedan presentar reclamaciones a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria respecto a las condiciones en que ejecutan su prestación de servicios. Se atiende a la configuración del órgano de representación pero no a sus competencias.

En este sentido cabe tener en cuenta que en el artículo 17.1 de la LETT se establece que los trabajadores cedidos tienen 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. Asimismo, dichos representantes tienen atribuida la representación de los trabajadores cedidos, mientras dure la cesión, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda

³² Como afirma Luján Alcaraz, el art. 7 “acoge una de las grandes novedades que ofrece la Directiva 2008/104/CE, planteada además mediante dos soluciones alternativas entre las que deberán optar los Estados miembros (art. 7.3)...”, en “La Directiva...”, ob.cit. p. 8.

suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes³³. Dicho sistema no se aplica a las reclamaciones del trabajador respecto de la ETT de la cual depende.

A nuestro entender, aunque el citado artículo 17.1 ofrece una protección importante a los trabajadores cedidos al reconocerles expresamente la posibilidad de presentar reclamaciones, sobre la ejecución de su trabajo, a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria y éstos tienen atribuida su representación en dicha cuestión durante la puesta a disposición, no se refiere ni trata, ni siquiera de forma indirecta, la forma de configurar dicha representación de los trabajadores. Es decir, no está contemplando que, a la hora de constituir el órgano de representación de los trabajadores de la empresa usuaria, hayan de computarse también los trabajadores cedidos.

Ahora bien, la LETT tampoco recoge la otra opción prevista por el artículo 7 de la Directiva, esto es, la inclusión de los trabajadores cedidos en el momento de constituir el órgano de representación de los trabajadores de la ETT. No obstante, en este ámbito se ha afirmado³⁴ que, aun cuando el V Convenio colectivo estatal de ETT no hace ninguna precisión al respecto³⁵, hay que entender que en los órganos de representación de los trabajadores de las ETT a los que el convenio se refiere se incluyen tanto los trabajadores de estructura como los de puesta a disposición y, por tanto, el derecho español estaría alineado con la primera de las opciones que ofrece dicho precepto. Conclusión que se refuerza si tenemos en cuenta que, conforme al artículo 3 del mencionado Convenio, el ámbito personal del convenio lo constituye la totalidad de los trabajadores que prestan servicios por cuenta y bajo la dependencia de las ETT y que, a lo largo del convenio, cuando se estima conveniente se dife-

³³ En la misma línea, el artículo 28.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales prevé que “la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Dichos trabajadores podrán dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley”.

³⁴ Luján Alcaraz, J., “La Directiva...”, ob.cit. p. 8.

³⁵ En efecto, el artículo 56 del V Convenio colectivo estatal se limita a señalar que: “En virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, serán elegibles como Delegados de Personal o miembros del Comité de Empresa, los trabajadores que tengan, al menos, una antigüedad de tres meses. Dadas las especiales características de la prestación de servicios en las empresas de trabajo temporal, el ámbito para la celebración de elecciones para Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa será el provincial. En consecuencia, se constituirá un Comité de Empresa en aquellas empresas que sumen en dicho ámbito un número no inferior a 50 trabajadores. Si no alcanzara dicho número, se elegirán el número de Delegados de Personal que corresponda”.

rencian expresamente las condiciones aplicables al personal de estructura y a los trabajadores cedidos a empresas usuarias cosa que, en materia de representación de los trabajadores, no se hace.

Sin embargo, lo anterior no impide afirmar que la Directiva impone un cambio en esta materia, por lo siguiente: el artículo 7, en todos sus apartados, exige que los Estados –no los interlocutores sociales o la negociación colectiva– tomen una decisión en esta materia y, en consecuencia, opten –en las condiciones por ellos previstas– por computar a los trabajadores cedidos en el marco de la ETT o de la empresa usuaria, pero deben hacerlo. Por tanto, a nuestro entender, dicho precepto, supone una necesaria modificación del artículo 17.1 de la LETT que recoja qué modelo de representación se escoge, y ello, con independencia de que pueda atribuirse, en su caso, un determinado papel a la negociación colectiva en esta materia. Es más, esa necesaria intervención legal debe abarcar no sólo el marco estatal sino también la forma cómo los trabajadores cedidos por ETT deben computarse en el supuesto de tener que constituir un órgano de representación de los trabajadores a nivel comunitario (comité de empresa europeo³⁶, órgano de representación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas³⁷...); intervención legal que puede plasmarse en la propia LETT –como norma especial– o en las normas específicas que regulan tales órganos de representación.

Finalmente, dentro de la misma lógica de mejora de derechos, el artículo 8 de la Directiva manifiesta que, sin perjuicio de las disposiciones nacionales y comunitarias más restrictivas o más específicas relativas a la información y la consulta y, en particular, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea³⁸, la empresa usuaria debe proporcionar la información apropiada sobre el recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETT dentro de la empresa cuando transmite información sobre la situación del empleo en la empresa a los órganos representativos de los trabajadores instituidos de conformidad con el Derecho comunitario y nacional.

Lógicamente esa transmisión de información no sólo pretende que los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tengan constancia del hecho de que en dicha empresa se recurre a las ETT sino también que puedan realizar los correspondientes controles. No se concreta, no obstante, cuándo y

³⁶ Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE de 25 de abril de 1997).

³⁷ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE de 19 de octubre de 2006).

³⁸ DO L 80 de 23 de marzo de 2002.

cómo se transmitirá dicha información, por lo que se estará a lo que, en cada caso, se determine, aun cuando sí se exige que la información sea “*apropiada*” y, por tanto, suficiente, a nuestro entender, tanto desde la perspectiva material como temporal.

En esta cuestión cabe tener presente que la normativa española va más allá de lo exigido por la Directiva, por cuanto el artículo 9 de la LETT afirma que la empresa usuaria debe informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, dentro de los 10 días siguientes a su celebración. En el mismo plazo debe entregarles una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador cedido, que le deberá haber facilitado la ETT. En el mismo sentido el artículo 28.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que la empresa usuaria debe informar a los representantes de sus trabajadores de la adscripción de los trabajadores cedidos por la ETT.

6. LA REGULACIÓN DE LAS RESTRICCIONES O PROHIBICIONES DEL RECURSO A LAS ETT

Finalmente, y probablemente se trata de una de las cuestiones con más proyección de futuro, al menos en el caso de España, en el artículo 4 de la Directiva se señala que las restricciones o prohibiciones al recurso a las ETT deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

De ello se derivan tres reflexiones: a) la Directiva persigue, en el fondo, limitar o reducir las restricciones actualmente existentes al recurso a ETT que tienen una conformación diversa según el país de que se trate (se recoge y defiende aquí la perspectiva empresarial apuntada páginas atrás); b) con tal objetivo, sólo se admiten restricciones o prohibiciones que estén justificadas –exigencia no prevista hasta ahora– y que, además, lo estén por razones de interés general (no por otro tipo de interés); y, c) se hace especial hincapié en las restricciones o prohibiciones que pueden venir justificadas por unos concretos motivos (protección de los trabajadores, salud y seguridad..), motivos algunos de ellos con un alcance bastante ambiguo. En definitiva, se pretenden eliminar las trabas a la plena integración en el mercado de trabajo de las ETT, admitiendo, por consiguiente, que las empresas usuarias pueden recurrir al prestamismo de mano de obra sin excesivas limitaciones³⁹.

³⁹ Rodríguez Cardo, I.A., “La Directiva 2008/104...”, ob.cit.

A ello se añade que, a más tardar el 5 de diciembre de 2011, los Estados, tras consultar a los interlocutores sociales, de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, revisarán las restricciones o prohibiciones establecidas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas por las razones antes expuestas. En caso de que dichas restricciones o prohibiciones estén establecidas en convenio colectivo, los interlocutores sociales que hayan negociado el acuerdo correspondiente podrán efectuar dicha revisión. Los Estados informarán a la Comisión de los resultados de tales revisiones a más tardar el 5 de diciembre de 2011.

En relación con el evidente impacto que tal regulación tiene en el supuesto de la legislación española, cabe realizar varias consideraciones:

1ª) Tal y como la propia Directiva prevé expresamente estas restricciones se entienden sin perjuicio de las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las ETT. De lo que cabe deducir que la regulación actualmente existente en la LETT y en su reglamento de desarrollo en torno a tales cuestiones no se puede considerar una restricción y, en consecuencia, resulta válida, al responder a una lógica –admitida por la Directiva– de necesario control y supervisión de las ETT por parte de los poderes públicos así como de asunción por aquéllas, en su caso, de responsabilidades económicas frente a los trabajadores cedidos y las Administraciones Públicas.

2ª) La Directiva impone la obligación al Estado español, tras consultar a los interlocutores sociales, y de conformidad con la legislación interna y los convenios colectivos de revisar las restricciones o prohibiciones establecidas actualmente al recurso a las ETT. Asimismo, y tal y como hemos visto, se prevé que si las restricciones o prohibiciones se recogen en convenio colectivo, los interlocutores sociales que hayan negociado el convenio podrán efectuar tal revisión. Y todo ello debe hacerse antes del 5 de diciembre de 2011.

Como es sabido, en la actualidad, existen en España varias vías a través de las cuales se prohíbe directamente o se restringe el recurso a las ETT, cuestión que, incluso, ha sido objeto de análisis judicial.

La primera vía se encuentra recogida en el artículo 8 de la LETT, donde se recogen varios supuestos en los que se prohíbe el recurso a las ETT, que son: a) para sustituir a los trabajadores en huelga en la empresa usuaria; b) para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinan reglamentariamente⁴⁰; c) cuando en los 12 meses inmediata-

⁴⁰ El artículo 8 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT, prohíbe la utilización del trabajo a través de ETT en las siguientes actividades: trabajo en obras de construcción, trabajos de minería, trabajos en industrias extractivas, trabajos en plataformas marinas, trabajos con explosivos, trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, trabajos con agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos, trabajos con agentes biológicos y trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión.

mente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52.c) del Estatuto de los trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor; y, d) para ceder trabajadores a otras ETT.

Si revisamos esos supuestos de exclusión bajo los parámetros del interés general resulta lógico entender que la prohibición recogida en la letra a) se fundamenta en la garantía del derecho constitucional de huelga; la recogida en la letra b) viene justificada por exigencias de seguridad y salud laboral –citadas expresamente por la Directiva–, y, la prohibición prevista en la letra d) se basa en el interés general de no desvirtuar –en perjuicio de la protección de los trabajadores cedidos por ETT– el papel del trabajo a través de ETT, así como en la voluntad de evitar posibles abusos.

Y en la misma línea, la prohibición establecida en la letra c) se explica por la voluntad de la LETT de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y, sobre todo, de evitar posibles abusos, impidiendo que una empresa que haya despedido, en los últimos 12 meses, de forma improcedente a algunos de sus trabajadores o por causas “*empresariales*” posteriormente pretenda sustituirlos mediante trabajadores cedidos por ETT. No obstante, en este ámbito se ha afirmado⁴¹, opinión que compartimos, que no cabe descartar que, en función de las circunstancias, pudiera estimarse que el plazo citado de 12 meses resulta excesivo, especialmente cuando la amortización del puesto respondió a causas objetivas perfectamente acreditadas y la empresa pueda justificar que se ha producido un cambio de escenario que permite reactivar el puesto. En consecuencia, la finalidad de evitar abusos es más fácilmente apreciable en supuestos de amortización por despido improcedente o ante la extinción por voluntad del trabajador motivada por un incumplimiento empresarial, pero quizás requeriría de mayores precisiones –y de alguna excepción más que la fuerza mayor– para los supuestos de amortización por la vía de los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

La segunda vía, de fuerte restricción, también prevista legalmente, se encuentra en la disposición adicional 5ª de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, donde se apunta que las Administraciones Públicas no podrán celebrar contratos de servicios con ETT salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos⁴². Es fácil constatar que tales términos

⁴¹ Rodríguez Cardo, I.A., “La Directiva 2008/104...”, ob.cit.

⁴² Añadiéndose a ello que: “en estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga”.

legales impiden, en la práctica, que cualquier Administración Pública pueda recurrir a una ETT y es precisamente la amplitud material de la restricción la que nos lleva a decir que muy difícilmente podrá superar el proceso de revisión exigido por el artículo 4 de la Directiva, lo que comporta, a nuestro entender, que, antes del 5 de diciembre de 2011, deberá reformarse lo previsto en la Ley 30/2007, abriendo el campo de las Administraciones Públicas a la actuación de las ETT en términos más amplios que los actuales. Por tanto, las ETT, como consecuencia de la Directiva, deberán tener más margen de actuación en el sector público, lo que no implica, no obstante, que no puedan imponerse restricciones, pero éstas, como en el caso del sector privado, deberán fundamentarse, tal y como exige ahora la Directiva, exclusivamente en razones de interés general. Esa reforma deberá ser consultada, tal y como señala la Directiva, con los interlocutores sociales.

Y, finalmente, la tercera vía de restricción o prohibición se articula a través de aquellos convenios colectivos, de empresa o sectoriales, que recogen una cláusula en la que se limita –a través de muy diversas vías (número de trabajadores, sólo en determinados puestos de trabajo o sólo como última vía, sin superar un determinado porcentaje de plantilla...) o se prohíbe recurrir al trabajo a través de ETT. En este ámbito cabe tener presente también lo establecido en el artículo 12 del V Convenio estatal para empresas de trabajo temporal donde se afirma que *“las organizaciones firmantes del Convenio entienden que no existe razón para que se produzca discriminación negativa en la contratación temporal realizada a través de las empresas de trabajo temporal con respecto a la contratación temporal directa... En este sentido, las organizaciones sindicales y patronales firmantes del presente Convenio se comprometen a colaborar en el marco del Diálogo Social para la eliminación de las prohibiciones, limitaciones y/o restricciones normativas que afecten al libre desarrollo de la actividad de las empresas de trabajo temporal y, de forma específica, para la eliminación de las prohibiciones vigentes relativas a la prestación de servicios en actividades consideradas de especial peligrosidad y para contratar con las administraciones públicas.. Asimismo, las organizaciones firmantes se comprometen a realizar las gestiones necesarias para evitar que se incluyan en los convenios colectivos de toda índole que se negocien, cláusulas que limiten, obstaculicen, prohíban o excluyan, ya sea directa o indirectamente, la contratación de los servicios de empresas de trabajo temporal por parte de las empresas sometidas a dichos convenios, entendiéndose que tales cláusulas deben tenerse por no puestas y declararse su nulidad”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse qué efecto puede tener la Directiva sobre este tipo de cláusulas convencionales. Por un lado, cabe destacar que, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 4 de la Directiva, la revisión de dichas cláusulas corresponde al Estado o, en su caso,

a las partes negociadoras de los correspondientes convenios colectivos, por cuanto en el apartado 3 se señala que éstas “*podrán*” efectuar la revisión. A los efectos de evitar problemas futuros debería aclararse, a nivel interno, que tal revisión corresponderá –nos parece la opción más coherente– a los sujetos negociadores. Pero, en todo caso, queda claro que esa revisión deberá realizarse respecto de todos los convenios colectivos vigentes que recojan este tipo de cláusulas antes del 5 de diciembre de 2001. Y, por otro lado, esa revisión deberá llevarse a cabo bajo los parámetros del artículo 4.1 de la Directiva y, en consecuencia, deberían eliminarse todas aquellas restricciones y prohibiciones que no respondan a un motivo de interés general. De no hacerse así la correspondiente cláusula convencional podrá ser objeto de impugnación. Teniendo presente que bastantes de las cláusulas convencionales actualmente existentes pueden no estar justificadas por dicho interés general cabe augurar importantes cambios en este ámbito como consecuencia de la aprobación de la Directiva.