

Los límites a la reiterada cesión a través de ETT.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Las ambigüedades de la Directiva 2008/14 sobre ETTs explican que esta sentencia deba clarificar aspectos tan relevantes como los referidos al tipo de trabajo que es posible contratar o las garantías formales en favor del trabajador. La evitación de abusos en la materia constituye un mandato legal, pero su concreción queda en manos de la interpretación del caso.*

Palabras clave: *ETT. Abusos en cesión de trabajadores. Temporalidad laboral. Cesión de trabajador reiterada.*

Abstract: *The ambiguities of Directive 2008/14 on temporary employment agencies explain that this ruling must clarify aspects as relevant as those referring to the type of work that can be hired or the formal guarantees in favor of the worker. The avoidance of abuses in the matter constitutes a legal mandate, but its implementation is left to the interpretation of the case.*

Keywords: *ETT. Abuses in the assignment of workers. Work seasonality. Repeated worker assignment.*

I. Introducción

La contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos temporalmente a otras empresas había estado tradicionalmente prohibida en Europa, calificándose de tráfico ilegal de mano de obra, por considerar que podía atentar contra derechos fundamentales de los implicados. Sin embargo, esta óptica cambió a finales de los años sesenta (del siglo XX) en los países centrales de lo que hoy es la Unión Europea. De forma paulatina, la cesión de mano de obra comenzó a considerarse como una vía eficaz para canalizar un volumen importante de empleo, tanto por su especialización e inmediatez de respuesta, como por lo atractivo de una fórmula de bajo riesgo para las empresas usuarias. Así las cosas se evidenció la necesidad de una regulación del fenómeno que, reconociendo su licitud, permitiera controlar suficientemente su desarrollo, para evitar aquél posible atentado contra derechos fundamentales de los trabajadores cedidos.

Por lo que se refiere a España, este paso desde la prohibición a la licitud controlada tardó bastante tiempo en darse; sin necesidad de remontarnos más atrás, lo cierto es que hasta 1994 el artículo 43 ET vedó en todo caso la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a un empresario. Como es evidente, nuestro mercado de trabajo no podía permanecer ajeno totalmente al fenómeno legalizador del entorno y la Ley 14/1994, de 1 junio, puso punto final a la etapa prohibitiva^[1]. Otros factores decisivos para suprimir la prohibición de la cesión de

trabajadores y la regulación de su régimen jurídico fueron, por un lado, la utilización de la figura como vía de creación de empleo y colocación de trabajadores en un contexto de altas tasas de desempleo, y, por otro, la necesidad de dotar de una regulación jurídica a una realidad que de hecho venía funcionando en nuestro país.

Esa doble dimensión también está presente en el tenor de las normas comunitarias. La Directiva 2008/104, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Desde la perspectiva del laboralismo suele acudir a ella para examinar la posición de quienes trabajan al amparo de la singular cesión de mano de obra que comporta, pero desde otras perspectivas se la examina como elemento dinamizador y flexibilizador del mercado laboral.

La STJUE ahora glosada afronta un supuesto en que están presentes ambas perspectivas, no siempre fáciles de conciliar. Tras diversas reformas liberalizadoras en su ordenamiento interno, un Tribunal italiano considera que resulta difícilmente compatible con las garantías de la Directiva. La respuesta a sus inquietudes resulta muy útil para reexaminar la situación de nuestro ordenamiento, inclusive la última jurisprudencia sobre el tema, pese a que dista de ser contundente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala Segunda).

Fecha de la sentencia: STJUE de 14 de octubre de 2020, *JH* contra *KG*.

Tipo y número de procedimiento: Cuestión prejudicial promovida por el Tribunal Ordinario de Brescia (Italia). Asunto C-681/18.

ECLI:EU:C:2020:823.

Fuente: CURIA.

Abogada General: Sra. E. Sharpston.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos

Un trabajador (JH) desarrolla su actividad para determinada empresa (KG) pero en régimen de cesión a través de determinada ETT (*agenzia interinale*). El litigio surge cuando el accionante pide que se le reconozca la condición de asalariado de la empresa usuaria y mediante contrato por tiempo indefinido. La pretensión se basa en que se ha superado el número máximo legal de prórrogas de los contratos de puesta a disposición.

La parquedad del relato fáctico es tal que se ha dudado si existen suficientes datos como para abordar el problema^[2]. En cualquier caso, sabemos lo siguiente:

El trabajador es contratado por la ETT y cedido a la usuaria el 3 de marzo de 2014. Durante los 36 meses siguientes esa operación se reitera hasta ocho veces, a las que se añaden hasta diecisiete prórrogas.

En febrero de 2017 el trabajador presenta una demanda para se reconozca la existencia de una relación laboral por tiempo indefinido entre él y la usuaria, debido a la expuesta secuencia de cesiones e ilicitud de los contratos en virtud de los cuales fue puesto a disposición.

2. Las dudas formuladas

Se duda si la regulación comunitaria es compatible con un ordenamiento que: 1º) No establece límites a las misiones sucesivas de un mismo trabajador en una misma empresa usuaria. 2º) No supedita la legalidad del recurso a contratos de puesta a disposición de duración determinada a la indicación de las razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución de dicho recurso. 3º) No contempla la temporalidad de las necesidades de producción de la empresa usuaria como requisito de legalidad de la utilización de este tipo de contrato de trabajo.

Interesa advertir que la regulación italiana (modificada en 2014) ya no establece, como ocurría anteriormente, ni que la puesta a disposición de trabajadores con contrato de duración determinada solo está autorizada por razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución, aunque estén vinculadas a la actividad ordinaria de la empresa usuaria, ni la necesidad de indicar tales razones en el contrato escrito. Tampoco operan las limitaciones generales sobre contratación temporal.

IV. Posición de las partes

1. El trabajador

El trabajador considera que la legislación italiana choca con la Directiva porque no limita las misiones sucesivas de los trabajadores puestos a disposición de una misma empresa usuaria.

También sostiene que los contratos sucesivos mediante los que se le puso a disposición de la empresa eran ilícitos y violan la prohibición de puesta a disposición fraudulenta de trabajadores.

2. El Tribunal de Brescia

El Tribunal expone que el Derecho italiano no permite ningún control judicial de las razones para recurrir a la cesión temporal de trabajadores por ETTs y tampoco fija un límite a misiones sucesivas del trabajador en la misma empresa usuaria. Considera que esa regulación interna es incompatible con las exigencias de la Directiva.

3. El Gobierno Italiano

El Gobierno italiano sostiene que la cuestión prejudicial no proporciona indicaciones suficientes (sobre el tipo de contrato entre el trabajador y la ETT) y que, además, la Directiva 2008/104 no puede ser decisiva para resolver el caso, pues carece de efecto directo horizontal^[3].

4. La Abogada General

Tras examinar la regulación comunitaria y la jurisprudencia relacionada, la Abogada General considera que la Directiva 2008/104 no se opone a la regulación italiana pese a que la misma no requiera que las tareas encomendadas sean temporales, ni fije límites a las sucesivas misiones en la misma empresa. Sin embargo, este último dato es abusivo (salvo que haya contrato fijo entre la ETT y el trabajador) cuando se sobrepasa el umbral razonable de temporalidad. El órgano judicial, en consecuencia, debe garantizar la plena efectividad de la Directiva 2008/104, sancionando dicho abuso y eliminando las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

V. Normativa aplicable al caso

A) La regulación comunitaria de las ETTs es bastante permisiva y parte de considerarlas un instrumento positivo. El artículo 4º de la Directiva 2008/104 (“Revisión de las prohibiciones o restricciones”) dispone en su número 1 que *“las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de*

trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

B) El artículo 5º de la Directiva 2008/104 (“Principio de igualdad de trato”) establece que *“Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto”.*

C) El precepto más relevante para la construcción de la sentencia es el artículo 5.5 de la Directiva 2008/104. Conforme al mismo *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de este artículo y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas”.*

VI. Doctrina básica

1. Criterios principales de la STJUE

Primero.- El Derecho de la UE permite cesiones sucesivas de un mismo trabajador a la empresa usuaria, pero exige que el Estado adopte medidas a fin de evitar que se eluda el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Directiva 2008/104 (no discriminación, evitación de abusos de temporalidad).

Segundo.- Constituye indicio de abuso que las sucesivas misiones comporten un período de actividad más largo que el que cabe calificar razonablemente de «temporal»; lo mismo sucede con la ausencia de justificación objetiva del recurso a la ETT.

Tercero.- Debe procurarse la equiparación de las *“condiciones de trabajo y de empleo”* de quienes prestan su actividad a través de ETT con el resto, dando una interpretación amplia al término “condiciones”.

Cuarto.- La obligación consistente en adoptar las medidas necesarias para evitar que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la Directiva, debe entenderse, habida cuenta de su sistema y de su finalidad, en el sentido de que se refiere a todas las disposiciones y no solo a las específicas sobre igualdad de trato.

2. Finalidad de la regulación comunitaria

Son muy relevantes las consideraciones de la STJUE examinada acerca de los fines que la UE perseguía cuando decidió aprobar la Directiva de referencia:

- Completar el marco sobre condiciones de trabajo de diversos colectivos, en línea con las Directivas sobre trabajo a tiempo parcial (1997/81) y trabajos de duración determinada (1999/70).
- Proteger a los trabajadores cedidos mediante una regulación no discriminatoria, transparente y proporcionada, a la vez que respetuosa con la diversidad de los mercados laborales y las relaciones entre los interlocutores sociales.
- Fomentar que los trabajadores cedidos por una ETT accedan a una relación laboral de duración indefinida con la empresa usuaria.
- Mejorar la calidad de las ETTs, identificándolas como empleadoras y mediante una regulación que contribuya a la creación de empleo, así como al desarrollo de formas flexibles de trabajo.

- Revisar las prohibiciones y restricciones aplicables a las ETTS, permitiendo solo las justificadas por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores.

3. Misiones sucesivas

El tenor del expuesto artículo 5.5 de la Directiva y su interpretación teleológica abocan a una conclusión relevante: no obliga a limitar el número de misiones sucesivas de un mismo trabajador en la misma empresa usuaria ni a supeditar el recurso a esta forma de trabajo de duración determinada a la indicación de las razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución.

Se considera concordante con esta posición tolerante el que las prohibiciones o restricciones a la cesión a través de ETTs deban estar justificadas por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

Las cesiones sucesivas deben impedirse si eluden las disposiciones de la Directiva 2008/104 en su conjunto, no solo las referidas a la igualdad de trato. Dicho de otro modo: no permite la Directiva que el trabajo a través de ETTs con la misma empresa usuaria se convierta en una situación permanente para un trabajador cedido^[4].

4. Temporalidad de la misión

Las propias definiciones contenidas en el artículo 3º de la Directiva sobre los conceptos de ETT^[5], “trabajador cedido”^[6], “empresa usuaria”^[7] o “misión”^[8] aluden a la limitación cronológica del periodo durante el cual se puede desarrollar la actividad en favor de la empresa usuaria. Pero también es cierto que no hay una exigencia de que el objeto de tales prestaciones se corresponda el que justificaría el recurso a contrataciones temporales por parte de tal empleadora.

La pregunta, entonces, parece evidente: ¿la puesta a disposición solo es posible en los casos en que cabría una contratación temporal por parte de la empresa usuaria? ¿Es posible acceder a esa conclusión desde la perspectiva de la Directiva? En favor de una respuesta afirmativa militan las menciones que la norma realiza a la equiparación de derechos con los de quienes prestan actividad directa para la usuaria y el fomento del acceso a un empleo de carácter indefinido al servicio de la usuaria.

Sin embargo, de la regulación comunitaria se desprende que la relación laboral con una empresa usuaria tiene, por naturaleza, carácter temporal; pero ello no excluye que esa temporalidad se ponga al servicio de una actividad productiva permanente, habitual. Lo que debe preservarse en todo caso es “el carácter temporal del trabajo” canalizado por la ETT (&63), pero sin que eso comporte exigencia especial respecto de la tarea productiva desempeñada

5. Equiparación de derechos

El expuesto artículo 5.1 de la Directiva proclama la equiparación de derechos respecto de las condiciones esenciales de trabajo y empleo entre quienes están cedidos y quienes están directamente contratados por la empresa usuaria.

La Directiva obliga a que los Estados adopten medidas para evitar la aplicación abusiva de las excepciones al principio de igualdad de trato admitidas (sobre remuneración, inclusión en convenios o sujeción a convenios específicos). El articulado, en efecto, admite matizadas excepciones al principio de igualdad en materia de remuneración^[9] o a la aplicación de la integridad del correspondiente convenio colectivo^[10].

VII. Parte dispositiva

1. El fallo

Sin perder de vista el supuesto que propicia la formulación de su doctrina, la sentencia concluye con el contraste entre la legislación italiana y el Derecho de la UE: Concluye que el art. 5.5 de la Directiva 2008/104/CE:

- Es compatible con una legislación que no limita el número de misiones sucesivas que un mismo trabajador cedido por una ETT puede realizar en la misma empresa usuaria.
- Es compatible con una legislación que permite el recurso a ETTs sin necesidad de indicar razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución que lo justifiquen.
- Exige que el Estado adopte alguna medida para preservar la naturaleza temporal del trabajo a través de ETT.
- Exige que el Derecho nacional evite cesiones sucesivas con las mismas partes para eludir las disposiciones sobre ETTs.

2. La remisión al órgano judicial

Consciente de que se ha obviado una respuesta clara a las dudas suscitadas, la sentencia indica al Tribunal de Brescia que tome en cuenta todo lo expuesto para determinar si, en el caso, se está ante “una relación laboral por tiempo indefinido a la que se ha atribuido artificialmente la forma de sucesivos contratos de puesta a disposición para eludir los objetivos de la Directiva 2008/104, en particular el carácter temporal del trabajo a través de empresas de trabajo temporal”. Pese a lo evidente que parece el tenor de la respuesta, Luxemburgo opta por introducir los aspectos o parámetros que el Tribunal remitente “podrá tomar en consideración”: si las misiones sucesivas dan lugar a un período de actividad más largo que el que cabe calificar razonablemente de «temporal» (indicio de abuso), además de que carecen de una justificación objetiva acerca de su justificación.

VIII. Pasajes decisivos

La STJUE subraya la doble finalidad que persigue la Directiva sobre ETT (seguridad para quien trabaja, flexibilidad para quien gestiona empresas): la norma “delimita el marco en que debe desarrollarse la actividad normativa de los Estados miembros en materia de prohibiciones o de restricciones relativas al recurso a los trabajadores cedidos temporalmente por empresas de trabajo temporal, y no en el sentido de que exige la adopción de una determinada normativa en la materia, incluido con el fin de evitar posibles abusos”.

En el apartado 70 de la sentencia aparece una manifestación muy trascendente: “las misiones sucesivas del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en la misma empresa usuaria eluden la propia esencia de las disposiciones de la Directiva 2008/104 y constituyen un abuso de esa forma de relación laboral, puesto que alteran el equilibrio que establece la Directiva entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, menoscabando la segunda”.

IX. Comentario

Como contrapunto al examen de la STJUE sobre la realidad italiana parece interesante traer a colación algún aspecto de nuestro ordenamiento, además de recordar otros aspectos de la jurisprudencia comunitaria.

1. Otra jurisprudencia comunitaria sobre la materia

A) La STJUE de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05), Jouini, entendió que existe transmisión de empresa si una parte del personal administrativo y de los trabajadores temporales pasan a otra ETT para desarrollar en ella las mismas actividades al servicio de clientes idénticos y existe cesión de elementos patrimoniales relevantes (sin necesidad, por tanto, de utilizar otros elementos de explotación importantes ni otras partes de la empresa).

B) El ATJUE de 15 de septiembre de 2010 (C-386/09), Briot, advierte que cuando el contrato de trabajo de un empleado cedido por ETT a la empresa transmitida finaliza antes de la fecha en que se produce el cambio de titular, el Derecho de la UE no se vulnera por su falta de renovación.

C) La STJUE de 30 septiembre 2010 (C-104/09), *Roca Álvarez*, considera que (Directiva 76/207/CEE): es contraria al Derecho de la UE la Ley española con arreglo a la cual las mujeres contratadas por una ETT, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades (es de lactancia pero se asemeja al parental), durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

D) La STJUE de 17 marzo 2015 (C-533/13) *AKT*, advierte que el Derecho de la UE obliga a los Estados a comprobar el carácter justificado de las prohibiciones o restricciones existentes en materia de ETTs. El Derecho de la UE no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de no aplicar cualquier disposición de Derecho nacional que conlleve prohibiciones o restricciones relativas al recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETTs que no estén justificadas por razones de interés general.

E) La STJUE de 17 de noviembre de 2016 (C-216/15), *Ruhrlandklinik*, sostiene que realiza una verdadera “actividad económica” una entidad benéfica y sin ánimo de lucro (Cruz Roja) que se dedica a poner a disposición de una clínica a personal de enfermería a cambio de una retribución mensual abonada conforme a los criterios habituales en el ámbito de los servicios sanitarios. Las reglas sobre ETTs se aplican al personal de enfermería sin contrato de trabajo puesto a disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro; concepto de “trabajador”; concepto de “actividad económica”. Lo relevante, al cabo, es que se ofrecen unos servicios en el mercado de la cesión de personal de enfermería a establecimientos sanitarios, por una compensación económica, cual si de una ETT se tratara.

2. El concepto y funcionalidad de la ETT

A) Las ETTs son realidad que ha tenido una importante evolución desde que fueran legalizadas. El propio concepto que el artículo 1º de la Ley, que en su quinta redacción prescribe que “*Se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley*”. De aquí deriva: 1º) Que la ETT es una organización de servicios, una unidad productiva cuya finalidad productiva es ponerse al servicio de otra; sin empresa principal o usuaria, la ETT tampoco podría existir^[11]. 2º) Que la finalidad principal^[12] (antes exclusiva) de la ETT radica en suministrar trabajadores a esas otras entidades; ese plano no sólo se presupone la interdependencia empresarial sino que se limita a ella el juego de la ETT. 3º) Que las necesidades satisfechas (suministro de mano de obra, en la expresión castiza) han de ser temporales. 4º) Que para cumplir ese designio, la ETT ha de proceder a la contratación de personas en régimen laboral

(“trabajadores por ella contratados”). 5º) Que esos empleados se proporcionan a otros empresarios, lo cual constituye una forma de *cesión de trabajadores*. 6º) Que tal préstamo o cesión de empleados sólo se considera lícita, precisamente, cuando se lleva a cabo por una ETT, entrando en juego diversas prohibiciones y sanciones (administrativas, penales, contractuales) en caso distinto. 7º) Que, adicionalmente, sólo las ETTs debidamente autorizadas, en los términos previstos en la Ley son las que pueden llevar a cabo tal actividad^[13].

B) La cesión de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal se encuentra admitida y regulada por la Ley 14/1994, de 1 de junio, y su desarrollo reglamentario^[14]. La ETT pone a disposición de otra empresa usuaria, temporalmente, trabajadores por ella contratados; pero esta cesión se rodea de una serie de cautelas, controles y responsabilidades de los intervinientes, de modo que inspiran al ordenamiento la suficiente confianza como para pensar que está justificada y que mediante ella no serán burlados los derechos de los trabajadores. Tales garantías, además, quedaron enormemente reforzadas por el criterio jurisprudencial conforme al cual por venir sujeto a término cierto, constituye despido improcedente la extinción *ante tempus* del contrato eventual concertado con una ETT, no pudiendo ésta alegar, como justa causa de extinción, la resolución del contrato de puesta a disposición por haber finalizado la causa (acumulación de tareas) que lo motivó^[15]; igualmente normas posteriores (como las Leyes 29/1999 y 45/1999) introdujeron diversas reformas a fin de hacer más soportable –para los trabajadores implicados- esta posibilidad de “cederlos temporalmente a otras empresas”.

3. Cesión irregular a través de ETT

A) Puesto que la prohibición legal (art. 43.1 ET) sólo cede cuando la cesión se instrumenta a través de una ETT y se hace “*en los términos que legalmente se establezcan*”, surge la duda de qué sucede si el esquema tripolar diseñado para tales casos (ETT, empresa usuaria, trabajador) se utiliza incumpliendo alguna previsión legal de relevancia (en general, acudimiento indebido a los supuestos que legitiman esta contratación).

Conforme al art. 16.3 LETT existe responsabilidad solidaria de la empresa usuaria con la ETT respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social que ésta última haya contraído con los trabajadores, cuando se hayan vulnerado los mencionados arts. 6 y 8. Por eso un sector doctrinal consideraba que “el art. 16.3 de la Ley 14/1994 es el precepto que específicamente regula el supuesto de incumplimientos en el contrato de puesta a disposición y sus consecuencias para la empresa usuaria, sin que pueda aplicarse el art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual queda exclusivamente para los casos de cesión de trabajadores que se realicen sin presencia de una empresa de trabajo temporal”^[16]. En otros casos, de manera opuesta, se aplicaba el art. 43.2 ET a supuestos de cesiones producidas por ETTs autorizadas con infracción del art. 6 LETT (se trataba en concreto de contratos temporales fraudulentos), declarando la responsabilidad solidaria de la ETT y la EU en las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido del demandante^[17].

B) Finalmente, la importantísima STS 4 julio 2006 (RJ 2006, 6419) clarificó el tema al sostener que la puesta a disposición de trabajadores en supuestos no permitidos legalmente nos sitúa ante una cesión ilegal^[18]:

- Esta es la interpretación lógica del artículo 43.1 ET, pues cuando una ETT pone un trabajador a disposición de empresa usuaria fuera de los casos legalmente permitidos, se aplican las mismas consecuencias que en el caso de la cesión ilegal.
- La expresión legal “los términos que legalmente se establezca” implica que surge la cesión ilegal cuando se desconocen aspectos relevantes fijados por norma con rango de Ley; quedan al margen determinaciones

reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley.

- El art. 43 ET es de aplicación a los contratos de puesta a disposición en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT^[19].
- Desde luego, en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC.
- El tenor del artículo 16.3 Ley de la 14/1994 no puede llevar a entender que la responsabilidad “solidaria” de la empresa usuaria, cuando el contrato de puesta a disposición se ha celebrado de modo ilegal, se limita a las deudas “salariales”. Por el contrario, cuando el contrato de puesta a disposición no se ajusta a las previsiones legales, las consecuencias del despido improcedente han de afrontarse de modo solidario por la ETT y la empresa usuaria, sin que la responsabilidad solidaria de las empresas implicadas (ETT y usuaria) implique la existencia de un único empleador.

C) Desde una perspectiva diversa, también afronta la sentencia examinada la coherencia de que se exija responsabilidad a la ETT cuando la ilegalidad sea achacable por completo a la empresa usuaria, escapando al control de la primera. Esa línea discursiva se rechaza por varias razones:

- Limitar las obligaciones de la ETT a que el CPD obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador.
- La defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad analógica del art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo.
- La exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria –e infractora– respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT].
- No se excluye la reclamación –de todo orden– que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora.

D) Se trata de doctrina muy relevante en la práctica. Así, por ejemplo, si en el curso de la prestación de servicios se han producido incumplimientos de las obligaciones legales contraídas con el trabajador al haber sido destinado a tareas diferentes a las previstas en el contrato de puesta a disposición, y surge un despido calificado como nulo, opera la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT cedente, incluidos los efectos del despido calificado como nulo^[20].

4. Contratación fija discontinua

Tras años de intensa polémica sobre el tema, la Sala Cuarta del Supremo ha podido clarificar si cabe que entre la ETT y el trabajador puesto a disposición discorra una contratación de carácter fijo discontinuo^[21]. La respuesta negativa se basa en los siguientes argumentos:

A) Si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se vincula -como en el caso de los contratos temporales- al contrato de puesta a disposición, ex artículos 6.2 y 10.1 LETT, ocurriría que el contrato de puesta a disposición es un contrato indefinido ya que la empresa usuaria interesa el contrato para cubrir necesidades permanentes, cuales son las típicas de los trabajos fijos discontinuos. Teniendo el contrato de puesta a disposición siempre carácter temporal no procede un contrato de puesta a disposición indefinido fijo-discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo- discontinuo.

B) Si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se entiende que ha de atender únicamente a la relación entre ambos contratantes, al margen de la empresa usuaria, no cabría la celebración de dicho contrato. El *artículo 16 del ET* dispone que el contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. No cabe calificar de trabajos fijos-discontinuos la actividad de la ETT que consiste en poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. El hecho de que en el supuesto de que la ETT haya realizado contrataciones de trabajadores con carácter indefinido y pueda acontecer que termina un contrato de puesta a disposición y pasa un cierto tiempo hasta que la ETT suscribe otro contrato de tal naturaleza, no significa que estemos en presencia de actividades de carácter fijo-discontinuo ya que se trata de una peculiar actividad que no puede ser equiparada a las así denominadas.

C) No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal -a tenor del artículo 6.1 de la LETT- y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria.

D) No sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales.

5. Jurisprudencia complementaria

A) CIVIL

La STS-CIV 1248/2002 de 20 diciembre considera que la Ley 14/1994 y normas concordantes no impiden que la ETT pueda servirse de otras personas para darse a conocer en un determinado ámbito territorial entre las empresas potencialmente usuarias.

La STS-CIV 689/2008 de 3 julio concluye que cuando la ETT incumple obligaciones preventivas formación, evaluación de riesgos) y se produce un accidente laboral debe responder de los daños y perjuicios causados.

La STS-CIV 1105/2008 de 14 noviembre considera que las pólizas de seguro de caución suscritas para garantizar ante la Administración las responsabilidades derivadas de su actividad por la ETT, aunque no indican su vigencia, abarcan todo el tiempo de desarrollo de su actividad y hasta que la Administración asegurada autorizase la cancelación de la garantía, tras el cese de la actividad de la correspondiente empresa, sin que existiesen obligaciones pendientes de cumplimiento.

B) PENAL

La STS-Pe 121/2011 de 3 marzo sostiene que la ETT es la responsable civil subsidiaria por la actuación delictiva del trabajador porque el contrato discurre entre

ambas partes, porque la ETT es la obligada a abonar el salario y a cotizar, además de ser la única que tiene capacidad para sancionar y/o despedir al trabajador cedido en caso de comportamiento irregular del mismo.

C) CONTENCIOSA

La STS-CONT 2 diciembre 2008 (rec. 2847/2006) considera infracción muy grave de la ETT la concertación de un contrato de puesta a disposición respecto de un trabajo que implicaba, conforme a la regulación sobre la materia, comporta riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores^[22].

D) SOCIAL

Diversas sentencias vienen sosteniendo que a efectos indemnizatorios hay que sumar el tiempo de actividad prestado a la empresa usuaria a través de cesión mediante una ETT^[23], aunque ello no descarta que exista dificultad a la hora de aplicar el criterio^[24].

La STS-SOC 22 enero 2009 (rcud. 4262) reconoce a los trabajadores de una ETT en misión, el derecho a percibir los conceptos retributivos previstos no sólo en el Convenio aplicable a la usuaria, sino también los contemplados en los acuerdos entre dicha empresa y el comité de empresa relativos a premio de absentismo trimestral, premio ahorro de papelote anual, primas de producción calidad, y premios de puntualidad y asistencia mensual^[25].

La STS-SOC 22 diciembre 2011 (rcud. 357/2011) aborda un caso de contrato para la realización de obra o servicio determinado con trabajador en misión en empresa usuaria dedicada a la actividad de telemarketing, concluyendo que la extinción del contrato por disminución del volumen de la contrata en la empresa usuaria constituye despido improcedente, siendo inaplicable la causa de extinción prevista en el art. 17 del Convenio Colectivo de Contact Center^[26].

La STS-SOC 9 julio 2012 (rcud. 2563/2011) aprecia la falta de legitimación activa del Comité de la empresa usuaria para promover demanda pretendiendo una equiparación en los tiempos de descanso de los trabajadores en misión de la ETT que en ella presta servicios con los trabajadores de la usuaria. Los representantes de los trabajadores de la usuaria sólo tienen atribuida la representación de los trabajadores en misión de la ETT en cuanto a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, pero no en reclamaciones de naturaleza salarial que hayan de formularse contra la ETT.

La STS-SOC 778/2019 de 13 noviembre concluye que, de conformidad con el art. 11.1 LETT y del principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres, los trabajadores puestos a disposición tienen derecho a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria, sin que el hecho de que puedan acumular a estas las previstas en el plan de la ETT, mientras dure la puesta a disposición, pueda reputarse contrario al derecho a la negociación colectiva ni al contenido del convenio de las empresas de trabajo temporal^[27].

La STS-SOC 257/2020 de 17 marzo examina el V Convenio estatal para ETTs en materia de disfrute de los permisos retribuidos y concluye que cuando el hecho causante coincide en festivo para el trabajador, se inicia el primer día laborable siguiente; tratándose del permiso por matrimonio, cuando la celebración tiene lugar en festivo, se inicia el primer día laborable siguiente al de la ceremonia.

X. Apunte final

La STJUE ha optado por aceptar la cuestión prejudicial suscitada, pese a las carencias que su planteamiento muestra, respecto de posibles abusos en el recurso a ETTs. El precio pagado por ello es que sus observaciones se mueven en un plano de excesiva ambivalencia, ora basculando hacia la bondad del recurso a un método para canalizar empleo, ora subrayando la necesidad de evitar abuso en las misiones

reiteradas y sucesivas. En cierta forma, la respuesta decepciona y alienta las actitudes interpretativas más proclives a elaborar una “interpretación conforme”^[28] propia, siempre que la misma no colisione frontalmente con la Ley interna.

Referencias:

1. ^ *La STS-CONT 18 marzo 2003 (rec. 5721/1998) descartó la destipificación de las previas infracciones, so pretexto de aplicar retroactivamente una norma sancionadora más favorable porque ello requeriría que se hubiera operado con las garantías y cautelas (inclusive autorización previa) de una ETT.*
2. ^ *El Gobierno italiano advierte que el órgano jurisdiccional remitente no proporciona ninguna indicación sobre la naturaleza del contrato de trabajo entre JH y la empresa de trabajo temporal, más concretamente si se trata de un contrato de duración determinada o por tiempo indefinido. La STJUE considera, sin embargo, que la exposición, por parte de dicho órgano jurisdiccional, tanto de las circunstancias de hecho del litigio principal como de las cuestiones de Derecho que este suscita es suficiente (& 35).*
3. ^ *La STJUE considera, sin embargo, que aunque la Directiva no tuviera efecto directo sobre las partes sí existen razones para resolver la cuestión prejudicial.*
4. ^ *Esas sucesivas misiones alteran el equilibrio que establece la Directiva entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, menoscabando la segunda.*
5. ^ *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 estas.*
6. ^ *Todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección esta.*
7. ^ *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 empresa de trabajo temporal.*
8. ^ *El período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria.*
9. ^ *“Cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones”.*
10. ^ *Acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes.*
11. ^ *La STS-CONT 12 diciembre 2007 (rec. 1942/2005) aprecia la incompatibilidad de la marca “TEMPORAL QUALITY” (mixta), (servicios de una oficina de colocación a tiempo parcial, servicios de gestión de negocios comerciales, administración comercial y trabajos de oficina), con el nombre comercial oponente “EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL*

- QUALITY PEOPLE, S.L.", al considerar, conforme a las reglas de la experiencia y del buen sentido, la existencia de semejanza denominativa entre ellos, que induce a confusión entre los consumidores.
12. ^ Las empresas de trabajo temporal podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo. Asimismo, podrán desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.
 13. ^ El concepto acogido por el legislador español viene a concordar con la definición presente en el Convenio núm. 181 de la OIT, sobre Agencias de Empleo Privadas. Su art. 1.1 b) alude a «toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta... servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución», lo que constituye una inequívoca referencia a las ETTs, aunque un falso pudor evite mencionarlas expresamente, como una de las variedades incluidas en el concepto de agencias de empleo privadas.
 14. ^ En general, RD 417/2015 de 29 mayo, sucesor del RD 735/1995, de 5 de mayo; en temas de salud laboral, RD 216/1999, de 5 febrero.
 15. ^ SSTS 4 febrero y 22 octubre 1999 [RJ 1999, 1594 y 7893].
 16. ^ El pasaje entrecomillado se toma de STSJ Madrid 5 julio 1999 (AS 1999, 2171), pero en el mismo sentido pueden verse otros muchos pronunciamientos.
 17. ^ Por todas, SSTSJ Comunidad Valenciana 10 junio y 20 julio 1999 (AS 1999, 3714 y 4703).
 18. ^ En el mismo sentido, otras muchas, como las SSTS-SOC 28 septiembre 2006 (rcud. 2691/2005) y 19 febrero 2009 (rcud. 2748/2007).
 19. ^ Consecuencia de ello es que declarada aquélla cesión ilícita de mano de obra, la elección prevista en el artículo 43.4 ET entre las empresas condenadas -ETT y usuaria- para que los efectos de tal cesión se produzcan corresponde al trabajador. Una vez hecha esta elección y en caso de despido improcedente, la empresa elegida, no el trabajador, podrá ejercitar la opción prevista en el artículo 56.1 ET entre readmitir e indemnizar. AL respecto, por ejemplo, STS-SOC3 noviembre 2008 (rcud. 1697/2007).
 20. ^ En tal sentido STS-SOC 3 noviembre 2008 (rcud. 1889/2007).
 21. ^ La Ley dispone que únicamente cabe la celebración de contratos de puesta a disposición entre ETT y empresa usuaria en los mismos supuestos en que la empresa usuaria podría celebrar contratos temporales, contrato en prácticas o para la formación, no estando permitido que entre ambas se puedan celebrar contratos indefinidos. No hay, por el contrario, previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo.
 22. ^ Se conculca el art. 8 b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio que excluye de la concertación de contratos de puesta a disposición "la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente". La STS-CONT considera que la norma tuvo muy en cuenta la Directiva 91/383 estableciendo medidas limitativas de la realización de determinados trabajos en los que, por su especial peligrosidad, la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad. No debe olvidarse que aquella concluye que, según las investigaciones llevadas a cabo en

- general, los trabajadores en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo. Situación que determina prohibiciones o limitaciones en su contratación a fin de que la empresa de trabajo temporal o empresario no adscriba al trabajador para trabajar para y bajo el control de una empresa cuya actividad comporta riesgos derivados de las condiciones de trabajo.
23. ^ Por todas, SSTS-SOC 17 enero 2008 (rcud. 1176/2007) y 11 mayo 2009 (rcud. 3632/2007).
 24. ^ Un buen ejemplo en STS 22 julio 2015 (rcud. 2393/2014): la trabajadora tiene derecho al cálculo de la indemnización por despido incluyendo como periodo de prestación de servicios los ocho meses durante los que estuvo cedida por una ETT a su primera empleadora directa; pero el erróneo cálculo de la indemnización, por las circunstancias expresadas, ha de considerarse como un error excusable, en línea con cuanto hemos mantenido en supuestos análogos.
 25. ^ Sigue doctrina de las SSTS 25 septiembre 2002 (rec. 70/2002) y 7 febrero 2007 (rec. 104/2005).
 26. ^ i el contrato de trabajo de duración determinada suscrito por la ETT se ha de acomodar a las mismas características que hubiera tenido el celebrado directamente por la usuaria, ha de concluirse con la inaplicabilidad del supuesto extintivo al que el convenio de ésta última hace referencia, por cuanto la disminución del volumen de la actividad que en él se establece constituye una vía de elusión de los requisitos de este contrato temporal y la desnaturalización del mismo.
 27. ^ Alcanza la conclusión en interpretación del art. 11.1 LETT en redacción dada por RDL 10/2010, de 16 de junio, al considerar que el mismo tiene por objeto garantizar el principio de igualdad de trato entre trabajadores cedidos por las ETT y trabajadores de empresas usuarias que realicen el mismo trabajo, para evitar la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores puestos a disposición, y aunque la norma no contiene una referencia expresa a los planes de igualdad, la misma deja claro que los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a la igualdad de trato y a que se les apliquen las mismas disposiciones con vistas a combatir discriminaciones basadas en el sexo, de lo que se deduce que contemplan las medidas que se contengan en el plan de igualdad de la empresa usuaria. Añade que dicha conclusión se avala por el principio general del art. 4 LOI y por lo dispuesto en el RDL 6/2019, de 1 de marzo, que tiene como finalidad establecer las garantías necesarias para hacer efectiva la igualdad real entre personas con independencia de su sexo. Por último, concluye que la solución no es contraria a lo dispuesto en la Directiva 2008/104/CE, sino acorde con el derecho de la UE.
 28. ^ Como se sabe, el principio de interpretación conforme exige que las autoridades nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este