

# LAS «EMPRESAS DE SUMINISTRO DE MANO DE OBRA» Y SU ACTUACIÓN, EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA, AL AMPARO DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

[Comentario a la STJUE, Sala Segunda, de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (C-309/09) y Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid] \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Extracto:**

LA actividad transnacional de las «empresas de suministro de mano de obra» o «empresas de trabajo temporal» es vista con recelo, especialmente en tiempos de crisis económica y paro masivo, en los mercados de trabajo de los Estados de la Unión Europea a los que aquellas empresas desplazan trabajadores. Semejante desconfianza no se produce respecto de las contrata y subcontratas transnacionales que se llevan a cabo en ese mismo ámbito de la Unión Europea, no obstante la sustancial coincidencia entre la «externalización del empleo» (empresas de trabajo temporal) y la «externalización productiva» (contratas y subcontratas), pues el criterio de diferenciación utilizado para distinguir entre aquellas «externalizaciones» (ejercicio del poder de dirección empresarial) es falaz. Su coincidencia es inmensa, ambas son inherentes a la etapa de globalización o universalización financiera y económica que nos ha tocado vivir.

**Palabras clave:** contrata, subcontratas, cesión ilegal de mano de obra, empresas de trabajo temporal, libre prestación de servicios y libre circulación de trabajadores.

---

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 338, mayo 2011 o en *Normacef Socio-Laboral*.

# THE «BUSINESS OF LABOR SUPPLY» AND ITS ACTION IN THE FIELD OF THE EUROPEAN UNION UNDER THE FREEDOM TO PROVIDE SERVICE

[Commentary on the STJUE, Second Chamber, of 10 February 2011, joined cases C-307/09 to C-309/09, SC Vicoplus PUH (C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (C-309/09) and Minister van Sociale Zaken in Werkgelegenheid] \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Abstract:**

**T**RANSNATIONAL activity of the «workforce provider companies» or «temporary work companies» is suspiciously seen, especially in times of economic crisis and massive unemployment, in the European Union member States work markets to which these companies move employees. Such lack of confidence does not exist in respect of the transnational contractors and subcontractors carrying out their activity in the same ambit of the European Union, notwithstanding the substantial coincidence between «employment outsourcing» (temporary work companies) and «productive outsourcing» (contractors and subcontractors), since the differentiation criteria used to distinguish such externalisations (exercise of the employer direction's power) is fallacious. Its coincidence is enormous, both are inherent to the globalization or universalization of our times.

**Keywords:** contractors, subcontractors, illegal assignment of employees, temporary work companies, free movement of services and free movement of workers.

---

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 338, mayo 2011 o en *Normacef Socio-Laboral*.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El «suministro de mano de obra».
  1. El «suministro de trabajo» mediante las contratas y subcontratas.
  2. «Empresas de trabajo temporal» o «empresas de suministro de mano de obra».
- III. Las libertades de circulación (libre prestación de servicios y libre circulación de trabajadores) y la actuación de las «empresas de suministro de mano de obra» en el ámbito de la Unión Europea.
  1. Prohibición de discriminaciones y restricciones por razón de la nacionalidad de un Estado miembro. El carácter principal de la «ciudadanía europea».
  2. Libre prestación de servicios.
  3. La libre circulación de personas (trabajadores).
- IV. El desplazamiento de trabajadores, por una empresa de «suministro de mano de obra», o «empresa de trabajo temporal», en la Unión Europea.
- V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado, con fecha 10 de febrero de 2011, sentencia en los asuntos acumulados C-307/09, Vicoplus SC PUH, C-308/09, BAM Vermeer Contracting sp. zoo, y C-309/09, Olbek Industrial Services sp. Zoo, contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de indudable transcendencia para nuestro sistema de relaciones industriales, en el que la actividad de suministro (cesión) de mano de obra ha sido tradicionalmente denostada. Se detiene la sentencia objeto de comentario en definir y delimitar qué ha de entenderse por suministro de mano de obra, en qué condiciones y cumpliendo qué requisitos puede llevarse a cabo tal actividad, so pena de ser considerada, en otro caso, ilegal o ilícita.

Los tiempos de crisis son propicios para que los Estados adopten políticas económicas proteccionistas, las cuales chocan frontalmente con algunas de las libertades de circulación proclamadas en los Tratados fundacionales de la Unión Europea, especialmente con la libre prestación de servicios de las empresas y la libre circulación de trabajadores, y «los Estados miembros de la Unión Europea han sufrido su peor crisis económica desde la década de 1930 y la recuperación sigue siendo irregular, frágil y vulnerable».<sup>1</sup> La crisis, que es financiera,<sup>2</sup> económica y global,<sup>3</sup> con su secuela de nuevas legislaciones proteccionistas («una de las consecuencias de la recesión mundial ha sido el aumento del atractivo de las políticas proteccionistas»<sup>4</sup> al extremo que «la OMC denuncia una "pandemia" de proteccionismo en el comercio mundial»<sup>5</sup>), constituye marco de referencia ineludible para cualesquiera consideraciones sobre el ejercicio de las libertades de circulación.

<sup>1</sup> «Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Una respuesta de la UE a los cambios en el equilibrio del poder económico mundial"» (Dictamen de iniciativa), de 18 de febrero de 2010, DOUE, serie C, núm. 48, de 15 de febrero de 2011, pág. 51.

<sup>2</sup> Según PRIETO PÉREZ, E.: *La era de las Finanzas. Mercados financieros y globalización*, Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, págs. 12-13, «en la era de la Industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresa, portadores del espíritu de empresa. Las finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones: en la era de las Finanzas, estas asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores»; Sobre la situación actual de la globalización y crisis financiera y económica global, ROUBINI, N. y MIHM, S.: *Cómo salimos de esta*, Barcelona: Destino, 2010, pág. 201, especialmente capítulo 5, «La pandemia global», págs. 193 y ss.

<sup>3</sup> Precisa SOROS, G.: *La crisis del capitalismo global*, Barcelona, 1998, págs. 160-161, indicando, en pág. 137, que «el sistema capitalista global no es nuevo ni siquiera novedoso»; Bien que «el paradigma de lo "global" haya estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, con distintas acepciones», indica LÓPEZ CACHERO, M.: «Respuesta al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores del doctor don Eugenio Prieto Pérez», Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, pág. 59; Sobre la globalización financiera indican ROUBINI, N. y MIHM, S.: *Cómo salimos de esta*, op. cit., que «no es nada nuevo. En 1875, el banquero Karl Mayer van Rosthschild, al observar que los mercados de valores globales se habían desplomado al unísono realizó un simple comentario que sigue vigente en la actualidad: "El mundo entero se ha convertido en una ciudad". En la época de Rosthschild, la integración iba más allá de los mercados de valores: el comercio global también era sumamente interdependiente y sensible a las crisis financieras»; No obstante en el momento actual la transcendencia de la globalización es tal que la Unión Europea ha aprobado el Reglamento (CE) 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG).

<sup>4</sup> «Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Una respuesta de la UE a los cambios en el equilibrio del poder económico mundial"», op. cit., pág. 54.

<sup>5</sup> Precisa TRIPER J.M. en *El Economista* del 18 de mayo de 2009, pág. 29, que encabeza con la afirmación de que «la crisis resucita las barreras, EE.UU., la Unión Europea y 19 países endurecen las fronteras».

La complejidad, profundidad y extensión de la crisis financiera y económica actual determina que se mantengan severas incertidumbres de recuperación de los niveles de desarrollo y bienestar inmediatamente anteriores, al menos a corto y medio plazo («las causas de la crisis son complejas y la culpabilidad muy compartida; lo lamentable es que hubiese podido ser evitada, por desgracia sus efectos colaterales se van a notar por años e impactarán en el modelo de capitalismo dominante»),<sup>6</sup> lo que puede conllevar, y de facto está produciendo, severas restricciones para el ejercicio de las libertades de circulación en la Unión Europea, con un enrocamiento de las economías nacionales en áreas proteccionistas.<sup>7</sup> No puede olvidarse que «el proteccionismo comercial y el nacionalismo son las dos caras de la misma moneda, fea ella».<sup>8</sup>

En ese escenario tan desfavorable para el desarrollo de la actividad de «suministro de mano de obra», propiciando la libre circulación de trabajadores entre los diferentes Estados que componen la Unión Europea, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia dicta una sentencia comprometida en la que reafirma la vigencia de aquellas libertades fundamentales para los «ciudadanos europeos».<sup>9</sup>

## II. EL «SUMINISTRO DE MANO DE OBRA»

La referencia a la actividad de «suministro de mano de obra» alude a la cesión inmediata de las utilidades o frutos derivados de la prestación del trabajo a quien aparentemente y según la dogmática tradicional no es su «empresario o empleador», y ha de diferenciarse de la simple intermediación en el mercado de trabajo, que no obstante también ha sido objeto de una amplia proscripción, hasta la reciente aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se

<sup>6</sup> ROYO, S.: «Las razones de esta situación económica», *Cinco Días*, del 18 y 19 de abril de 2009, pág. 7.

<sup>7</sup> «Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Una respuesta de la UE a los cambios en el equilibrio del poder económico mundial"», *op. cit.*, pág. 56.

<sup>8</sup> Es oportuno recordar que ya en la primera decisión internacional que aborda la crisis financiera global, plasmada en el documento final de la reunión de Londres del G-20, celebrada el 2 de abril de 2009, se convino en «rechazar el proteccionismo» (punto 4, primer apartado, *in fine*), afirmándose (apartado 22) que «el crecimiento del comercio mundial ha sostenido una prosperidad cada vez mayor durante medio siglo. El descenso de la demanda se ve agravado por el aumento de las presiones proteccionistas y por el retroceso del crédito al comercio. Reafirmar el comercio y la inversión mundiales es esencial para restablecer el crecimiento global», afirmando además los firmantes de aquel documento lo siguiente: «No nos refugiaremos en el proteccionismo (...), con propósito de no recaer en los históricos errores del desmedido proteccionismo, habiéndose tomado nota de los gravísimos errores en materia de política comercial que se cometieron en el contexto de la gran depresión de los años treinta del siglo pasado». Efectivamente, «aplicar políticas proteccionistas por los cambios producidos en el poder mundial puede ser similar a los intentos del rey Canuto de contener la marea», indica DONGES, JUERGEN B.: «Declaraciones librecambistas, instintos proteccionistas», *El Economista*, de 18 de abril de 2009, pág. 4.

<sup>9</sup> Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «el artículo 20 del TFUE confiere el estatus de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro [SSTJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, D'Hoop; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello; y de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEM)], y además «la vocación del estatus de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros» [SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk; de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, Baumbast; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello; de 15 de marzo de 2005, asunto C-209/03, Bidar; de 7 de junio de 2007, asunto C-50/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos; de 11 de septiembre de 2007, Herbert Schwarz, asunto C-76/05; de 3 de marzo de 2010, asunto C-135/08, Rottmann; y de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEM)].

regulan las agencias (privadas) de colocación,<sup>10</sup> cuya actividad, amplia e intensamente mediatizada,<sup>11</sup> consiste en la realización de actuaciones de intermediación laboral.<sup>12</sup>

## 1. El «suministro de trabajo» mediante las contratas y subcontratas

No obstante la diferenciación entre suministro o cesión de mano de obra e intermediación en el mercado de trabajo, ha de resaltarse que ninguna de las dos supone que el trabajador, como persona, sea objeto de tráfico alguno. Cuestión en sí mismo abominable por contraria a la dignidad humana. Efectuada dicha afirmación ha de repararse en que nuestro sistema de relaciones industriales establece una radical diferenciación, con tratamiento en absoluto parigual, entre «externalización del empleo», manifestación de las «formas modernas de organización del trabajo y de la producción (que) deben conducir necesariamente a reconsiderar el concepto mismo de subordinación en el trabajo, más allá de la mera subordinación jurídica»,<sup>13</sup> y «externalización productiva o de la actividad empresarial» (contratas y subcontratas).

La universalización o globalización financiera y económica actual llama indefectiblemente tanto a la «externalización del empleo» como a la «descentralización<sup>14</sup> o externalización<sup>15</sup> (*out-*

<sup>10</sup> Ciertamente de la redacción contenida en el artículo 1 de Real Decreto 1796/2010, bien pudiera dudarse de si la actividad de una «empresa de suministro de mano de obra» o «empresa de trabajo temporal» (ETT) también comprende la simple intermediación en el empleo (al definirse, en aquella normativa, a las agencias de colocación como aquellas empresas que «realicen actividades de intermediación laboral que tengan como finalidad proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades»). No obstante la definición dada en el artículo 20.1 de la Ley 56/2003, despeja aquella duda, al establecer que «la intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación» y que «la intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades». No obstante sí es posible que una empresa de trabajo temporal se transforme en una agencia de colocación.

<sup>11</sup> Comenzando por la necesidad de que las agencias de colocación obtengan, para poder realizar su actividad, la previa autorización de los servicios públicos de empleo, que concede el Servicio Público de Empleo Estatal cuando las agencias pretendan establecer centros desde los que desarrollar su actividad en más de una Comunidad Autónoma, o el servicio equivalente en la Comunidad Autónoma cuando pretendan establecer centros únicamente en el territorio de esa Comunidad, al extremo de que en el supuesto de que las agencias de colocación pretendan ampliar su ámbito de actuación, estableciendo centros en otras Comunidades Autónomas, han de solicitar la ampliación de su autorización. Estableciéndose que la autorización será única y tendrá validez para gestionar ofertas de trabajo y solicitudes de empleo de todo el territorio español.

<sup>12</sup> No obstante sigue configurándose aquella intermediación como «un servicio de carácter público, con independencia de los agentes que la realizan». Han de garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios, tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, en los términos establecidos en el artículo 22.4 de la Ley 53/2003, de 16 de diciembre.

<sup>13</sup> «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente"» (Dictamen de iniciativa), de 29 de abril de 2010 (2011/C 18/08), DOUE, serie C, núm. 18, de 19 de enero de 2011, punto 5.3.2, pág. 50.

<sup>14</sup> «Mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad (siempre que sea suficientemente diferenciada), sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa. Pero en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir –con el lógico control– el resultado de la ejecución por la contratista, en la que esta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación sea inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores», indica la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2010, en el mismo sentido la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2010.

<sup>15</sup> Como señalan las SSTs, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1994 y de 4 de marzo de 2008, «hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la con-

*sourcing*)<sup>16</sup> productiva». La primera se impone por mor de las «nuevas formas de organización del trabajo», y la segunda porque es «necesaria la encomienda de modo forzoso del cometido empresarial a empresas externas que, por su organización específica, o por tener medios técnicos más idóneos serán garantía de una mejor producción o un mejor precio». <sup>17</sup> En definitiva, una y otra han dejado de ser una opción voluntarista del empresario.

Efectivamente, la descentralización o externalización se procura tanto por la vía de la «externalización del empleo» como por la de la «externalización productiva», sin que pueda efectuarse diferenciación sustancial entre una y otra. La «externalización del empleo» no supone «trata de seres humanos» ni una perspectiva «esclavista» de la prestación del trabajo, desde luego criminal e incompatible con la dignidad humana, y proscrita en todos los tratados internacionales y declaraciones de derechos. Nuestro ordenamiento jurídico penaliza severamente la «trata de seres humanos» (Título VII bis Código Penal) así como los «delitos contra los derechos de los trabajadores» (arts. 312 y 313 Código Penal), por ello cuando alude a «cesión ilegal de mano de obra», ex artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET), no está desde luego en esa perspectiva. No obstante la criminalización del «tráfico con trabajadores», lo cierto es que nuestro ordenamiento mantiene una, tan generalizada como injustificada, proscripción de la «cesión de mano de obra» (que debe entenderse como «cesión inmediata, anticipada e incondicionada por un empresario a otro empresario de las utilidades derivadas de la prestación del trabajo por sus trabajadores»).

Nuestro ordenamiento jurídico<sup>18</sup> se mantiene anclado en una visión de las relaciones industriales más apropiada a una concepción decimonónica de la relación de trabajo que actual, girando en torno a una visión trasnochada de la dependencia del trabajador y del ejercicio de las facultades directivas por un único empresario. Lo que curiosamente contrasta con la extensión de los deberes de seguridad en el trabajo, impuestos a todos los empresarios en cuyos ámbitos organizativos desenvuelva sus tareas un trabajador.<sup>19</sup> Por ello la fenomenología de la descentralización o externalización del trabajo se concreta en lo que, en perspectiva laboral, se engloba bajo la poliédrica institución de la contrata/subcontrata<sup>20</sup> que, obediente a múltiples posibles negocios jurídicos civiles o mercantiles, exige la colaboración de varios empresarios (sean empleadores directos o indirectos) en la organización del trabajo, con conexión, cuando no mixtificación o confusión, de las organizaciones productivas, y se contrapone a una artificialmente construida por el legislador, y ampliada por una no irreprochable jurisprudencia, «cesión ilegal de mano de obra».<sup>21</sup>

tratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone, con carácter general, que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores». Pero dado que «los artículos 41 y 43 del Estatuto de los Trabajadores no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas», indica la STS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 2001.

<sup>16</sup> STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2010; Me remito a mi trabajo «*Outsourcing* (Comentario a la STS de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2000, rollo núm. 87/2000)», publicado en *RTSS*, CEF, núm. 218, mayo 2001, págs. 251-252.

<sup>17</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2008.

<sup>18</sup> «El carácter no disponible e irrenunciable de los derechos laborales mínimos determina que el consentimiento del trabajador en la realización de las acciones que pueden perjudicarle sea irrelevante a los efectos de la configuración del tipo delictivo», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, 29 de septiembre de 2009.

<sup>19</sup> Véase artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

<sup>20</sup> Véase artículo 42 del ET, titulado «Subcontratación de obras y servicios».

<sup>21</sup> Se establece en el artículo 43 del ET, titulado «Cesión de trabajadores», que «1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente auto-



La cesión anticipada, inmediata e incondicionada, de las utilidades (frutos), derivadas de la actividad de los trabajadores, o «cesión de trabajadores», realmente se produce en toda contrata o subcontrata. Semejante circunstancia se pone en evidencia cuando se advierte que la «cesión ilegal de trabajadores» cabe «también en la relación establecida entre empresas reales. Ciertamente ¡no solo cabe, sino que se produce siempre en toda contrata/subcontrata!, por ello se ha llegado a la desnortada conclusión de que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia».<sup>22</sup>

En esa confusa consideración legislativa y jurisprudencial de la fenomenología descentralizadora<sup>23</sup> se dice que la misma «permite a la empresa principal confiar a la contratista, la realización de una parte de su actividad», siempre que esté «suficientemente diferenciada», bien se trate de «una actividad permanente o temporal, principal, o complementaria aunque imprescindible», y «abonando por ello un precio». Precisándose que «el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del ET se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 del ET». Esto es que «cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión»,<sup>24</sup> reconociéndose la imposibilidad que existe de poder diferenciar entre facilitación de trabajadores de cedente a cesionario y la realización de una contrata/subcontrata, o cuál sea el límite entre un suministro de trabajadores y una descentralización productiva.

rizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. 4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

<sup>22</sup> SSTs, Sala Cuarta, de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero y 3 de octubre de 2002, 16 de febrero de 2003, 5 de diciembre de 2006 y 24 de noviembre de 2010.

<sup>23</sup> Precisando la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008, lo siguiente: «Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone, con carácter general, que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (Sentencia de la Sala Cuarta de 27 de octubre de 1994)». Pero dado que «los artículos 42 y 43 del ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas» indica la STS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 2001.

<sup>24</sup> Si «la contrata, cuya licitud se reconoce en el artículo 42 del ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria (...) en ocasiones no es fácil de diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita», (SSTs, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 2010, 18, 19, 20, 25, 26, 27 (3 sentencias), 31 (dos sentencias) de enero de 2011, y 1 de febrero de 2011); Véase STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2009.



Semejante diferenciación presupone el ejercicio de las facultades directivas únicamente por el contratista o subcontratista. Por ello se concluye que cuando «la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de los empleados de la contratista», se produce la «desnaturalización» de la contrata, transmutándose automáticamente en una «mera» e ilícita «provisión de mano de obra»,<sup>25</sup> lo cual es sorprendente<sup>26</sup> y en absoluto constituye una conclusión, ajustada a las «leyes de la lógica y la razón».

Al extremo depende la licitud de la utilización de mano de obra, en favor y provecho inmediato de la actividad de la empresa principal (traslativamente de su titular, el empresario principal), del ejercicio por el contratista o subcontratista de las facultades directivas, ya que aquel empresario principal no puede participar en el ejercicio de las facultades directivas del trabajo prestado, so pena de transformarse en «ilegal», lo cual no parece ni siquiera razonable. Llegándose a afirmar que «el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no (es) suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquel no es más que un delegado de la empresa principal». Añadiéndose que «en definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad tal posición, es decir, que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio».<sup>27</sup>

Rompe, en alguna medida, con aquella inadecuada regulación legal y no irreprochable jurisprudencia, la doctrina constitucional sobre la «fragmentación de la posición empresarial»,<sup>28</sup> que refiere «relaciones laborales triangulares». Esto es, existentes «entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores», tipología que se dice característica de «la técnica de la subcontratación». Según aquella jurisprudencia constitucional: a) Por un lado, «no existe en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, a salvo de la existencia de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra»; b) Por otro lado,

<sup>25</sup> Véase STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 26 de agosto de 2010.

<sup>26</sup> Indica ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Ediciones Grapheus, SL, 1992, pág. 108, que con aquel poder «lo que se ejerce de forma general no son facultades laborales en sentido jurídico estricto, sino facultades económico-organizativas ligadas a la libertad de empresa. Según ello, el empresario puede organizar el conjunto de las prestaciones y tener previamente determinado el contenido de las órdenes que van a regir todas o gran parte de las prestaciones dentro del margen que la norma estatal o la propia negociación colectiva le haya dejado. Pero lo que ejerce son eso, facultades organizativas y económicas, no un poder contractual en sentido estricto».

<sup>27</sup> SSTS, Sala Cuarta, de 16 de febrero de 1989, 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de septiembre de 2001, 17 de enero y 3 de octubre de 2002, 16 de febrero de 2003, 5 de diciembre de 2006 y 24 de noviembre de 2010; Indica la jurisprudencia (SSTS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 2010, 18, 19, 20, 25, 26, 27 (3 sentencias), 31 (dos sentencias) de enero de 2011, y 1 de febrero de 2011), que «la finalidad que persigue el artículo 43 del ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores».

<sup>28</sup> SSTC, Pleno, 75/2010, 76/2010, de 19 de octubre de 2010, 98/2010, 99/2010, 100/2010, 101/2010, 102/2010, 103/2010, 104/2010, 105/2010, 106/2010, 107/2010, 108/2010, 109/2010, 110/2010, 111/2010 y 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre de 2010.

«las garantías establecidas en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal –a la que se presume normalmente más estable y solvente– en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad».

Según indica la meritada jurisprudencia constitucional, «no existe en el artículo 42 del ET una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra esta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno». De tal manera que «para el legislador, el ámbito de relaciones de la empresa principal se agota en el mercantil del contrato que le une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de sus actuaciones en el ejercicio por los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral». De ahí, infiere, que cuando «no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista, cuya connivencia han descartado los órganos judiciales, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considera ajena al contrato de trabajo».

Con mérito indudable, el Tribunal Constitucional, bien que naturalmente limitándose a vulneraciones de derechos fundamentales y en una implícita crítica a la jurisprudencia ordinaria, acaba afirmando que «si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no solo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos».

En ese mismo orden de consideraciones, y coincidiendo plenamente en la existencia de «relaciones laborales triangulares»<sup>29</sup> que proclama aquella meritada jurisprudencia constitucional, y precisamente en el marco de la libre prestación de servicios en la Unión Europea, se afirma en relación con las «empresas de suministro de mano de obra o de trabajadores», que se produce un «desdoblamiento de la relación laboral», de tal manera que «el trabajador permanece vinculado a su empleador

<sup>29</sup> Señala ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., pág. 122, que «la idea clásica de partida respecto de la titularidad del poder de dirección, es la de que este corresponde al empresario. Una idea que en el momento actual tienen el valor de atribuirlo a una de las partes del contrato de trabajo, excluyendo a la otra, pero que se muestra decididamente insuficiente para, una vez situados en tal perspectiva, servir a la identificación del titular allí donde la relación de base no parece tan clara. La realidad, económica, social y jurídica, aparece hoy lejana de aquella primera fase del desarrollo industrial en la que coinciden sin mayores problemas en la misma persona la propiedad de los medios económicos, la titularidad de la empresa y la titularidad contractual y con ella la del poder de dirección».

inicial pero, al mismo tiempo, el trabajo material lo ofrece el empleador establecido en el Estado miembro de acogida para satisfacer las necesidades de su propia empresa y se desarrolla bajo el control y la dirección de este último. El trabajador puesto a disposición se recluta del mismo modo que se reclutaría a un trabajador local y, en consecuencia, compite directamente con los trabajadores locales en el mercado laboral del Estado miembro de acogida, lo que incide necesariamente en este».<sup>30</sup>

En fin, que en desarrollo de esa doctrina constitucional, aplicable a los derechos ordinarios *pari passu*, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se llega a tipologías laborales empresariales conjuntistas o paragrupales, «relaciones triangulares», en las que la «cesión legal, respetuosa y acorde con los derechos de los trabajadores, de la actividad del trabajador» se produce tanto en las «externalizaciones de empleo» como en las «externalizaciones productivas». Abunda en esa identificación sustancial, la práctica coincidencia entre el contenido del artículo 42.2 del ET y del artículo 16.3 de la Ley 14/1994,<sup>31</sup> sobre el régimen de responsabilidad del empresario principal/comitente y la empresa usuaria (subsidiaria/solidaria) respecto de las «obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición».

## 2. «Empresas de trabajo temporal» o «empresas de suministro de mano de obra»

Se afirma que nuestro ordenamiento solo permite el suministro o cesión de trabajadores por el mecanismo de las empresas de trabajo temporal, «siendo preciso el que exista este mecanismo, puesto que la realidad de una cesión se impone con independencia del posible desánimo defraudatorio que pueda concurrir, al tratarse de un fenómeno interpositivo en el que aparece como empresaria quien realmente no lo es».<sup>32</sup> Sorprendente afirmación, que está trufada por la idea de la evitación del tráfico de mano de obra, como simil del tráfico de seres humanos/trabajadores. Punto sobre el que ya se ha discurrido y acerca del que no es preciso hacer mayores comentarios. Resulta llamativo que pueda siquiera cuestionarse la existencia de semejante tráfico, cuando lo único que cabe es su simple y pleno rechazo considerándolo una actividad criminal.

En nuestro sistema de relaciones industriales el suministro de trabajo a las empresas por medio de empresas de trabajo temporal constituye una auténtica «excepción» a una norma general que proscribía el «suministro de mano de obra» o «cesión de trabajadores», por lo que se insiste en que como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta, de modo que «resulta ilegal la cesión de trabajadores, no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como empresas de trabajo temporal, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en los términos que legalmente se establezcan, es decir, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del artículo 43 del ET».<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Conclusión 71 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en los asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, objetos de resolución por la sentencia que se comenta.

<sup>31</sup> Según redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

<sup>32</sup> STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2007.

<sup>33</sup> STS, Sala Cuarta, 19 de febrero de 2009; Precisa la STS, de aquella misma Sala, de 4 de junio de 2006, reiterada por la STS de la misma Sala, de 3 de noviembre de 2008, lo siguiente: «1. Conforme a tales previsiones normativas –en concreto, de

Esto es, «la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, que constituye el objeto del contrato de puesta a disposición, tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal y entre ellas la de atender las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, lo que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal de manera tal, que la contratación que se lleva a cabo en supuestos diversos de los permitidos por el legislador, constituye una cesión ilegal de trabajadores»,<sup>34</sup> aplicándose la disciplina proscriptora del artículo 43 del ET, en otro caso.<sup>35</sup>

Ahondando en esa línea se afirma que limitar aspectos puramente formales, tales como la simple consignación formal, por la empresa de trabajo temporal en el contrato de puesta a disposición, de la causa legal justificativa del mismo, sin inquirir sobre su concordancia con la realidad, tendería 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.

Mediante el contrato de puesta a disposición (art. 10 de la Ley 14/1994), el contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador que ha de prestar servicios en la empresa usuaria puede establecerse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición, bien entendido que la cesión del trabajador para prestar servicios en la

acuerdo con el art. 43.1 ET— es indudable que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, lo que comportaría responsabilidades administrativas (arts. 18 y 19 LISOS), penales (arts. 312 y 313 CP), la solidaria respecto "de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social" (art. 43.2 ET) y la adquisición —optativa— de la cualidad de trabajador fijo en cualquiera de las empresas. Tal conclusión no ofrece la menor duda, dada la genérica prohibición del fenómeno interpositorio y su exclusiva admisión cuando se realice por ETT "debidamente autorizadas", tal como expresamente refiere el artículo 43.1 del ET; 2. Más dudosa se presenta la cuestión —en cambio— cuando el defecto se presenta respecto de la segunda exigencia que impone el artículo 43.1 del ET para la validez del fenómeno interpositorio, esto es, la de que el contrato de puesta a disposición se hubiese concertado en "los términos que legalmente se establezcan". El dilema se suscita respecto de si la expresión utilizada por la norma alude a la autorización administrativa, que previamente refiere, o si va dirigida a la regulación legal —léase, requisitos— de la propia cesión a través de ETT (...) debe imponerse la última de las opciones; en primer lugar, por criterios de mera interpretación literal, porque si las ETT han de estar "debidamente autorizadas", su válida constitución como tales necesariamente implica que lo han sido —precisamente— "en los términos que legalmente se establezcan", de forma que el segundo inciso resultaría ser —de interpretarse conforme a la tesis opuesta— inútil reiteración del primero; y en segundo término, por imponerlos también los antecedentes históricos —radicalmente prohibitivos— de la regulación legal en la materia, de forma que la excepcional admisión de la cesión de mano de obra que rige actualmente no puede ser objeto de interpretaciones extensivas opuestas al principio general prohibitivo en nuestro Derecho, histórico y presente; 3. De todas formas es innegable que el componente sistemático pudiera arrojar ciertas sombras sobre la anterior conclusión (...); 4. Lo que (...) parece ya meridianamente claro es que la expresión legal ("los términos que legalmente se establezcan") no comprendería —como integrante de cesión ilegal— determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la ley».

<sup>34</sup> SSTS, Sala Cuarta, de 4 de julio y 28 de septiembre de 2006; SSTSJ, Salas de lo Social, del Principado de Asturias de 19 de diciembre de 2008, y de Galicia de 29 de enero de 2010.

<sup>35</sup> Afirma la STS, Sala Cuarta, de 3 de noviembre de 2008, lo siguiente: «Hay doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida en Sentencias de 4 de julio y 28 de septiembre de 2006. De acuerdo con esta línea jurisprudencial, (que explícitamente se mantiene en esta resolución), la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario que establece el artículo 43 del ET "por infracción de las obligaciones contraídas con los trabajadores" se aplica a los supuestos de incumplimiento de las "obligaciones legales" derivadas del contrato de trabajo cuando la cesión del trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria derivada de un contrato de puesta a disposición no se ha ajustado a "los términos que legalmente se establezcan" (art. 43.1 ET)»; véase STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2005, SSTSJ, Salas de lo Social, de las Islas Baleares, de 24 de mayo de 2007 y 27 de octubre de 2008, y de Galicia, de 29 de enero de 2010.

empresa usuaria, tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal (art. 6 de la Ley 14/1994), «lo que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal».<sup>36</sup>

La peculiar actividad de las empresas de trabajo temporal, en la que «se combinan los servicios de colocación con una actividad comercial: el trabajo temporal»<sup>37</sup> determina su singularidad en nuestro sistema de relaciones industriales, que demoniza cualquier referencia a «suministro (cesión) de trabajadores». La actividad de una empresa de trabajo temporal, que se define coloquialmente como «de intermediación y lícito prestamismo laboral», ha sido objeto de consideraciones contrapuestas en nuestra doctrina laboralista, unas opiniones atribuyendo a la intervención de aquellas empresas de trabajo temporal un aumento de la aceptación de la temporalidad (precariedad) laboral, otras considerando que, por el contrario, su intervención ha generado efectos positivos en la generación de empleo.<sup>38</sup>

No puede soslayarse que en materia de empresas de trabajo temporal, se produce una quiebra de la tradicional «dogmática jurídica», que se ha «traducido» a la normativa jurídico positiva. En aquel ámbito se altera la histórica noción misma de relación jurídico-laboral, desde una doble perspectiva:

- desde la relativa a los sujetos implicados,<sup>39</sup>
- desde la bilateralidad de aquella relación de trabajo que se transforma en triangular,<sup>40</sup>

por más que formalmente se pretenda mantener la clásica bilateralidad de la relación laboral al añadirse, en íntima relación con aquella, una relación mercantil (contrato de puesta a disposición con la empre-

<sup>36</sup> STS, Sala Cuarta, de 11 de mayo de 2009; STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2009.

<sup>37</sup> CEBRIÁN, I., FELGUEROSO, F., MORENO, G. y TOHARIA, L.: «Un análisis económico de las empresas de trabajo temporal», en *empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., dir.), Madrid: Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, 2002, pág. 22.

<sup>38</sup> Indican CEBRIÁN, I., FELGUEROSO, F., MORENO, G. y TOHARIA, L.: *Un análisis económico de las empresas de trabajo temporal, op. cit.*, págs. 23-25, que «las ventajas que presenta la presencia de las ETT en el mercado de trabajo para las empresas y para los trabajadores serían las siguientes, empezando por las que obtienen las empresas: a) Ahorro de costes de contratación y selección (...); b) Fiabilidad y riesgo moral (...); c) Evitar el riesgo de "pirateo" de los trabajadores formados (*poaching risk*) (...); d) Rapidez a la hora de cubrir las vacantes (...); e) Salarios (...». Señalándose también como «posibles ventajas para los trabajadores de acceder a un empleo a través de una ETT: a) Flexibilidad de la jornada laboral (...); b) Mejora de la probabilidad de encontrar empleo».

<sup>39</sup> Destacan DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «Administraciones públicas y empresas de trabajo temporal», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., dir.), Madrid: Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, 2002, pág. 247, lo siguiente: «En el ámbito de las ETT se constituye una relación triangular con diversidad de sujetos, objetos y relaciones contractuales. Desde la perspectiva de los sujetos existen tres. Una empresa usuaria (...) esto es, todo empresario que pueda ser empleador desde la perspectiva jurídico-laboral. El segundo sujeto es la ETT (...). Y el tercer sujeto es el trabajador de la ETT (...) – trabajador en misión».

<sup>40</sup> Precisan DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN: «Administraciones públicas y empresas de trabajo temporal», *op. cit.*, págs. 247, que «sobre la base de tales sujetos (la empresa usuaria, la ETT y el trabajador cedido) se plantean tres tipos de relaciones jurídicas, de las cuales solo dos de ellas son contractuales en sentido estricto. El primero de los contratos es el contrato de puesta a disposición, que tiene como sujetos a la empresa usuaria y a la ETT y que es un contrato mercantil (...). El segundo contrato, aquel firmado entre el trabajador y la ETT para ser cedido tiene una tipificación inicial clara, la de contrato de trabajo (...). Y finalmente, existe una tercera relación, que no es de carácter contractual, pero eminentemente laboralizada –calificada como relación jurídico-laboral de hecho– que es la establecida entre el trabajador y la empresa usuaria. Se caracteriza básicamente por la disociación del poder de dirección respecto del trabajador en misión entre la empresa usuaria y la ETT, naciendo la legitimidad del ejercicio por la primera precisamente del contrato de puesta a disposición con la segunda».

sa usuaria), produciéndose a la postre concomitancias relevantes con determinadas instituciones civiles y mercantiles. Efectivamente, «la peculiaridad de una empresa de trabajo temporal reside, por tanto, en la existencia de una relación triangular entre el empresario, el trabajador por cuenta ajena y el cliente»,<sup>41</sup> a cuyo socaire se desdibuja la subordinación-dependencia del trabajador a un determinado empresario, pero no supone que junto al «verdadero empresario» surja otro «paraempresario» o «paraempleador». <sup>42</sup> Consecuentemente con la distribución de aquella subordinación-dependencia y del correlativo ejercicio de las facultades directivas del trabajo, resulta que la empresa de trabajo temporal, en lo que se refiere a su actividad de prestación de servicios (consistente en procurar el suministro de mano de obra), «requiere pocos empleados y un porcentaje de activos inmovilizados muy reducido». <sup>43</sup>

Según nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 de la Ley 14/1999, de 1 de junio), la actividad de empresa de trabajo temporal empresarial «consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados». Se trata de una actividad de empresa que materialmente coincide con la que prestan las empresas de servicios<sup>44</sup> y que se confunde con aquella desde el punto de vista económico y fáctico, habiéndose afirmado que las empresas de servicios «aparecen como posibles realizadoras de una función análoga a la desarrollada por las empresas de trabajo temporal, bien que amparándose en una norma que permite el recurso a la contratación y subcontratación de servicios». <sup>45</sup>

<sup>41</sup> Conclusión 45 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, por el Abogado General, Sr. Yves Bot, en el asunto C-458/05, Mohamed Jouini y otros, resuelto por STJUE, Sala Cuarta, de 13 de septiembre de 2007.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «El modelo legal de trabajo temporal en la Ley 14/1994», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., dir.), Madrid: Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, 2002, pág. 73, que precisa lo siguiente en págs. 75-76: «Uno de los lugares en los que se ve esta introducción asistemática de las ETT en nuestro Derecho del Trabajo es en lo relativo a la definición e identificación del empleador. En la LETT se parte de atribuir a esta condición de empleador, atribución sobre la que se basa todo el régimen jurídico de esta figura. En un Derecho del Trabajo como el nuestro, sin embargo aunque se define al empleador utilizando el criterio material de la recepción de los servicios, esa calificación de la ETT no encaja pues no es ella la que directamente recibe la prestación de los servicios del trabajador. Existe aquí una clara contradicción entre lo dispuesto en el artículo 1.2 del ET y toda la LETT»; Como es sabido y según una reiterada jurisprudencia, «la existencia de una relación de trabajo exige la concurrencia de las normas de ajeneidad y dependencia a la se refiere el artículo 1.1 del ET, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto sometida al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma» (STS de 16 de febrero de 1990), precisándose que «es necesario que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil» (SSTS de 7 de noviembre de 1987 y 9 de febrero de 1990), al extremo que «la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes, pues en caso contrario se corre el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo, trayendo a este ámbito del derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan, por lo que la flexibilización en la exigencia de este requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto» (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2007). Sin embargo la LEET establece que: a) «El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquel» (art. 6.1 Ley 14/1999, LETT); b) «Cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria (...), las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquella durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito» (art. 15.1 LETT).

<sup>43</sup> Conclusión 46 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, por el Abogado General, Sr. Yves Bot, en el asunto C-485/05, Mohamed Jouini y otros, resuelto por STJUE de 13 de septiembre de 2007.

<sup>44</sup> Véase VAQUERO PINTO, J.M.ª: «Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantiles», en *Contratos mercantiles* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., dir.), t. I., Navarra: Thonsom Reuters (Aranzadi-Thonsom Reuters), 2009, págs. 959 y ss.

<sup>45</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., dir.), Madrid: Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, 2002, pág. 199.



Semejante actividad empresarial se ha considerado especial, peculiar o al menos singular, respecto de lo que generalmente se entiende por «arrendamientos de servicios mercantiles», dados los términos del artículo 43.1 del ET, según el cual «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas», de tal manera que la cesión (temporal)<sup>46</sup> de trabajadores a otra empresa cuando no se lleva a cabo por una empresa de trabajo temporal o incluso si se lleva a cabo por una de estas empresas pero al margen de un contrato de «puesta a disposición», se califica de cesión ilegal de trabajadores con consecuencias sancionadoras (sanciones administrativas y penales) y de otras de naturaleza pública y administrativas, y de responsabilidad laboral frente a los trabajadores cedidos.

Realmente la peculiaridad no es tal desde el punto de vista de la actividad en sí misma considerada, al coincidir con la propia de las contrata y subcontratas, en los términos ya indicados. Tampoco puede situarse esa singularidad en la circunstancia de que un desafortunado precepto legal establezca una impropia cercanía entre la actividad de empresa de trabajo temporal y la cesión ilegal de trabajadores, con reminiscencias decimonónicas, sino que la verdadera peculiaridad está en que se establece un verdadero monopolio legal a favor de las empresas de trabajo temporal, dudosamente admisible a la vista de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 4 del Tratado de la Unión Europea (TUE).<sup>47</sup>

La admisibilidad y consiguiente regulación por nuestro ordenamiento jurídico-positivo laboral de la actividad de «suministro de trabajadores», ha sido tardía y limitada, en cuanto que constreñida únicamente a los «empresarios de trabajo temporal». Ha de repararse en que esa actividad de empresa de trabajo temporal ya venía produciéndose mediante el recurso a empresas de servicios y a la concertación de contrata y subcontratas,<sup>48</sup> al extremo de continuar constituyendo, el recurso a estas empresas, una verdadera y real alternativa a la actividad llevada a cabo por las empresas de trabajo temporal.<sup>49</sup> Su admi-

<sup>46</sup> Véase la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2006; Indica DE LA VILLA SERNA, L.E.: «El contrato de trabajo entre las empresas de trabajo temporal y el trabajador», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., dir.), Madrid: Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, 2002, pág. 119, que «las modalidades de contratación por duración determinada o temporal que pueden celebrarse entre una ETT y los trabajadores son las previstas en el artículo 15 del ET».

<sup>47</sup> Como precisa la STJUE de 3 de marzo de 2011, asunto C-437/09, AG2R Prévoyance y Beaudout Père et Fils SARL, «de reiterada jurisprudencia resulta que, si bien, considerado en sí mismo, el artículo 101 del TFUE se refiere únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, considerado en relación con el artículo 4 del TUE, apartado 3, obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, de naturaleza legislativa o reglamentaria, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Así sucede cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 101 del TFUE o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica».

<sup>48</sup> «Lo que en realidad prohíbe el artículo 43 del ET es una peculiar contratación, aquella en la que el objeto no es una obra o servicio, sino pura y simple cesión de mano de obra» (STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2006).

<sup>49</sup> «Los repertorios de jurisprudencia muestran con claridad el funcionamiento de las empresas de servicios al que se acaba de aludir. Se constituye una sociedad con un objeto social amplio, referido a la prestación integral de servicios para otras empresas (...). Con esa base la empresa celebra con otros contratos para la prestación de alguno de los indicados servicios; y, para cada uno de ellos procede a contratar trabajadores temporales para obra o servicio determinado. Los repertorios muestran asimismo como, en el mercado, el recurso a las empresas de servicios aparece como una verdadera alternativa al recurso a las de trabajo temporal», indica GOERLICH PESET, J.M.: «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2001, págs. 201-202; En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, «para la mejora del crecimiento y del empleo», se reconoce explícitamente semejante situación.



sibilidad y regulación por la Ley 14/1994, supuso «más que una auténtica legalización una desregulación y una regularización, partiendo de la realidad del sector tal y como estaba operando antes de 1994».<sup>50</sup>

En términos generales puede afirmarse que la aparición de las «empresas de suministro de mano de obra» o «empresas de trabajo temporal», coincide con una determinada etapa histórica.<sup>51</sup> Es en la segunda mitad del siglo XX, cuando surgen en toda Europa las «empresas de suministro de mano de obra», precisamente en un momento en que los ordenamientos jurídicos muestran «una actitud hostil hacia las relaciones triangulares de trabajo, que hasta entonces adoptaban la forma de prestamismo laboral fraudulento particularmente nocivo. Las legislaciones laborales europeas tuvieron primero que aceptar la existencia de estas empresas, creándoles un espacio protegido de estas prohibiciones legales, y después diseñando un estatuto jurídico propio para estas; con lo que pasaron a una segunda fase en el tratamiento jurídico de las relaciones triangulares de trabajo, en la que se distinguen formas lícitas de estas».<sup>52</sup> Parece que ahora se inicia una nueva etapa en la que, por imponerle así la globalización financiera y económica, se «normalizará» y «generalizará», la «externalización, total o parcial, del empleo en las empresas», mediante el recurso a «empresas de suministro de trabajadores», en tanto que empresas ordinarias de servicios regularmente constituidas.

La prestación temporal constituyó, hasta épocas recientes, en términos históricos, la forma normal de la prestación de trabajo por cuenta ajena.<sup>53</sup> El Derecho de la Unión Europea, así como los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, por sí mismos tras las reacciones sociales y legislaciones adoptadas<sup>54</sup> como reacción frente a las situaciones generadas durante la Revolución

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «El modelo legal de trabajo temporal en la Ley 14/1994», *op. cit.*, págs. 73-74; resumidamente puede afirmarse que «en el plano histórico ha de destacarse que en nuestro Derecho es tradición jurídica la ilegalización de aquel fenómeno interpositorio –cesión de trabajadores– consistente en que una empresa que ha contratado a trabajadores los pone a disposición de otro empresario para que presten sus servicios en la organización productiva de este segundo, pues la «ilegalización que –con algunas excepciones, como el trabajo de estiba y desestiba (art. 10 DEP); deportistas profesionales (art. 11 DDP); personal alta dirección (art. 9 DAD); y circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas (SSTS 26/11/90; 30/06/93; 26/01/98; 21/12/00; 26/09/01; 23/01/02; y 04/04/02)– parte del Decreto-Ley 15/Febrero/52, pasa al artículo 19.1 de la LRL (Ley 16/1976, de 8/Abril) y posteriormente se ubica en el artículo 43 del ET, que contenía la absoluta prohibición del fenómeno, hasta que con la liberalización del mercado laboral se deroga el artículo 43 del ET y se sustituye por el art. 2 RD-Ley 18/1993), se redefine en el artículo 2 de la Ley 10/1994 (19/Mayo) y se refunde (RD Legislativo 1/1995, de 24/Marzo) como nuevo artículo 43 del ET, admitiendo la cesión de trabajadores llevada a cabo por autorizadas ETT, cuyo régimen se contiene en la Ley 14/1994 (1/Junio) y en el Real Decreto 4/1995 (13/Enero). La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, no entró en el tema de las empresas de trabajo temporal, limitándose a establecer, en su disposición adicional segunda que las empresas de trabajo temporal ajustarán su actividad a lo establecido en la normativa reguladora de las mismas» (STS, Sala Cuarta, de 4 de junio de 2006).

<sup>51</sup> Como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley 14/1994.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «El modelo legal de trabajo temporal en la Ley 14/1994», *op. cit.*, pág. 69.

<sup>53</sup> «El Derecho del Trabajo es una rama del Derecho Civil, y el contrato de trabajo una subespecie del contrato de arrendamiento de servicios. La dura realidad social (Revolución Industrial) con revueltas e inquietud en las clases pudientes mueve a pensadores (más o menos revolucionarios) Iglesia y sobre todo Asociaciones obreristas a poner soluciones al llamado problema social», indica SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo», en *Estudios*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, pág. 95; Véase ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Civitas, 2002.

<sup>54</sup> Así en Inglaterra se aprueba en 1802 la Health and Morals of Apprentices Act, relativa a la preservación de la salud y la moralidad de los aprendices en las fábricas que manipulaban algodón y de lana, en 1833 la Althorp Act, mediante la que se crea la Inspección de trabajo, en 1867, la Master and Servant Act, en 1875 la Employers and Workmen Act, en 1878 la Factory and Workshop Act, etc.; en Francia se aprueba el 22 de marzo de 1841 la Ley sobre el trabajo de los niños en las manufacturas, en 1848 se elabora, bajo la influencia de los acontecimientos revolucionarios una ambiciosa legislación protectora (fundada sobre el establecimiento de la libertad de asociación y del derecho al trabajo) que casi no tuvo vigen-

Industrial,<sup>55</sup> y por su debida adaptación al contenido de la Directiva 1999/78/CE de 28 de junio,<sup>56</sup> parten «de la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral. Por consiguiente, el recurso a contratos de duración determinada reviste un carácter excepcional en relación con los contratos de duración indefinida».<sup>57</sup>

Premisa que la globalización económica desmiente. Nueva perspectiva que la tozudez de la realidad económica impone, pero que ha de conjugarse con la idea de que «el beneficio de la estabilidad en el empleo se concibe como un factor importante para la protección de los trabajadores»,<sup>58</sup> y que por ello deben imponerse unos «límites a la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados».<sup>59</sup> Todo ello quiere y efectivamente logra conjugarse mediante el recurso a las «empresas de suministro de mano de obra» o «empresas de trabajo temporal».

cia, y tras regularse el trabajo de los niños y las mujeres y crearse la Inspección de Trabajo en 1874, la Ley de 21 de marzo de 1884 que reconoce la libertad de asociación profesional, constituyendo el punto de arranque, generalmente reconocido, de una importante legislación social; en Alemania la legislación social de Bismarck se elabora a partir de 1880, siendo de destacarse la creación del sistema de seguros sociales (en 1883 el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes, en 1889 el seguro de vejez e invalidez etc.). Al propio tiempo se produce la represión del asociacionismo obrero (Combinations Acts de 1799 y 1800 y Ley Chapelier de 1791).

- <sup>55</sup> El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH: (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*), K. MARX (*El Capital*, y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*), que surgen en aquel proceso, son los economistas más célebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el socialismo/comunismo; Proclamada la libertad de trabajo, y rotos los frenos que la antigua ordenación implicaba, el trabajador tuvo que enfrentarse con el patrono, económicamente mucho más poderoso, el trabajo humano se convirtió en mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda, la competencia industrial indujo a la reducción de costes, y la sed de ganancias no se detuvo en escrúpulos morales: mujeres y niños fueron objeto de explotación, jornadas agotadoras extenuaron al trabajador, salarios de hambre empobrecieron la raza, pago en especie, dureza de trato, despidos arbitrarios completaron el cuadro. La libertad había dado paso a una nueva tiranía. Se había creído que podía existir verdadera libertad en un pacto concertado entre potencias terriblemente desiguales», afirma PÉREZ SERRANO. N.: *Tratado de Derecho Político*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1984, pág. 646; Una perspectiva general e ilustrativa sobre «las desastrosas condiciones de trabajo y su repercusión en la población obrera», durante la Revolución Industrial, puede verse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ: *Seguridad e Higiene en el Trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1997, págs. 47-60; «Revolución Industrial», es una expresión que se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. La aparición del proletariado industrial y urbano se vinculó directamente a la aparición del *factory system*. Aquella «Revolución» determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas, por los mercaderes, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de la materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración (y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de las familias), se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías a quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido.
- <sup>56</sup> Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada, publicada en el DOUE de 10 de julio de 1999.
- <sup>57</sup> SSTJUE de 4 de junio de 2006, asunto C-212/04, Adeneler y otros; y de 10 de marzo de 2011, asunto C-109/09, Deutsche Lufthansa AG y Gertraud Kumpan.
- <sup>58</sup> SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold; y de 4 de junio de 2006, asunto C-212/04, Adeneler y otros; y de 10 de marzo de 2011, asunto C-109/09, Deutsche Lufthansa AG y Gertraud Kumpan.
- <sup>59</sup> STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-109/09, Deutsche Lufthansa AG y Gertraud Kumpan.

Por las circunstancias antes descritas la normalización jurídica de los trabajos temporales se llevó a cabo en toda Europa tardíamente, bien que durante la etapa de la economía industrial, con más retraso, en plena etapa de la economía posindustrial, se admitieron y regularon las empresas de «suministro de mano de obra» o de «trabajo temporal», estableciéndose regulaciones jurídicas que lejos de ser normas simplemente técnicas revelan un fuerte contenido ideológico.<sup>60</sup> En una relación ejemplificativa y meramente cronológica de tales regulaciones puede citarse la llevada a efecto en los Países Bajos, como el primer país donde aparece una regulación ad hoc en 1965 (que volvió a regularlas en 1998), en Alemania su regulación se efectuó en 1976 (posteriormente reguladas en 1986 y 1997). En Francia en 1990, en Bélgica en 1987, en Portugal en 1989 (vueltas a regular en 1999). Coetánea con la regulación española fue la de Luxemburgo y posterior la de Italia (1997).

En el contexto internacional ha de destacarse el Convenio 96 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado el 1 de julio de 1949, y relativo a las agencias retribuidas de colocación.<sup>61</sup> Mediante el Convenio 181, de 19 de junio de 1997, sobre las Agencias de Empleo Privadas,<sup>62</sup> se aco-

<sup>60</sup> Las clasifica SALA FRANCO, T.: «Notas acerca de la legislación comparada Europea sobre Empresas de Trabajo Temporal», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., dir.), Madrid: Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, 2002, pág. 56, en: «a) Legislaciones liberales: en países con escasas restricciones legales o que abandonan las restricciones a la negociación colectiva: Gran Bretaña, Irlanda u Holanda; b) Legislación alemana, basada en el carácter indefinido del contrato laboral del trabajador temporal; c) Legislaciones restrictivas, en mayor o menor medida: en países como Francia, España, Bélgica, Italia, Luxemburgo o Portugal; d) Legislaciones prohibitivas: este es el caso de Grecia».

<sup>61</sup> Ratificado por España el 29 de abril de 1971 (BOE de 23 de mayo de 1972). Aquel convenio al considerar que el mantenimiento y garantía de un servicio público gratuito del empleo no excluía la necesidad de que dicho servicio debía estar al alcance de todas las categorías de trabajadores, admitió la concurrencia de «agencias retribuidas de colocación» diferenciando entre «agencias de colocación con fines lucrativos» y «agencias de colocación sin fines lucrativos», en una división bimembre que iba a marcar el futuro de la «actividad de empresa de trabajo temporal». En ese Convenio OIT se considera «agencia retribuida de colocación» a toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirviese de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto, definición que no incluía a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tuviesen por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores, y «agencias de colocación sin fines lucrativos» a los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, percibiesen del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera. La desconfianza hacia las primeras determinó que se proveyese su supresión «dentro de un plazo limitado», bien que admitiese excepciones a semejante supresión «con respecto a categorías de personas, definidas de manera precisa por la legislación nacional», cuya colocación no pudiese «efectuarse satisfactoriamente por el servicio público del empleo», pero incluso en este caso sometidas a un severo control y vigilancia. Cualquier «agencia de colocación con fines lucrativos», debería: a) Estar sujeta a la vigilancia de la autoridad competente; b) Poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente; c) Solo podría percibir las retribuciones y los gastos que figurasen en una tarifa que hubiese sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que hubiese sido fijada por dicha autoridad; y, d) No podía colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autorizaba. Incluso durante el plazo anterior a su supresión aquel convenio también preveía un severo control y una draconiana vigilancia sobre las mismas, que debería tender especialmente a eliminar todos los abusos relativos al funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos.

<sup>62</sup> Ratificado por España el 19 de mayo de 1999 (BOE de 13 de septiembre). Según se indica en su preámbulo («tomando nota de las disposiciones del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949»); consciente de la importancia que representaba la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo, recordando que la Conferencia Internacional del Trabajo en su 81.ª reunión, 1994, consideró que la OIT debía proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación de 1949, y reconociendo el papel que las agencias de empleo privadas podían desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo así como al propio tiempo, recordando la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos, permitió el funcionamiento de las agencias de empleo privadas. Todo ello

ge por la OIT un concepto notoriamente amplio de las mismas que abarca a las empresas de trabajo temporal, al considerar «agencia de empleo privada» a toda persona física o jurídica, «independiente de las autoridades públicas», que presta, entre otros, «servicios consistentes en emplear a trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución».

Mediante la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de quienes mantienen una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, la Unión Europea si bien no reguló las «empresas de suministro de mano de obra» o «empresas de trabajo temporal», sin embargo admitió implícitamente y sin restricciones o limitaciones relevantes su actividad. Con la aprobación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, se produjo un cambio importante respecto de esas empresas de «suministro de mano de obra».

Efectivamente, esta última norma de la Unión Europea indica, en su preámbulo, que «la prestación de servicios puede consistir ya sea en la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de esta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios, ya sea en el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado». Bien que también se advierta que dicha norma «no obliga a reconocer legalmente la existencia de agencias de trabajo temporal ni menoscaba la aplicación por los Estados miembros de sus leyes relativas al suministro de mano de obra y de empresas de trabajo temporal a empresas no establecidas en su territorio pero que operan en él dentro del marco de la prestación de servicios». Del artículo 1.3 c) de aquella directiva se deduce, tanto que «la relación laboral existente entre la empresa que pone a disposición al trabajador y este último debe mantenerse»<sup>63</sup>, como «la existencia de una subordinación de hecho del trabajador a la empresa usuaria en lo que respecta a la organización, ejecución y condiciones de trabajo».<sup>64</sup>

sin perjuicio de velar por «la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios». Por ello los miembros de la OIT que ratificaron aquel Convenio deben desde entonces procurar que aquellos trabajadores (art. 11) «gocen de una protección adecuada en materia de: a) libertad sindical; b) negociación colectiva; c) salarios mínimos; d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; e) prestaciones de seguridad social obligatorias; f) acceso a la formación; g) seguridad y salud en el trabajo; h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales. Además (art. 12) aquellos Estados deben determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas, y de las empresas usuarias, en relación con las materias antes relacionadas.

<sup>63</sup> Conclusión 61 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resueltos por la sentencia objeto de comentario, y que apostilla «en otras palabras, el suministro de mano de obra a una empresa usuaria no conlleva la celebración de un contrato de trabajo entre esta y el trabajador puesto a su disposición», añadiendo en su conclusión 62 que «la falta de la mención recogida en el artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 96/71/CE, según la cual el desplazamiento de un trabajador se efectúa por cuenta y bajo la dirección de la empresa que lo desplaza, parece dar a entender que la empresa que pone un trabajador a disposición no ejerce su autoridad sobre el modo en que ese trabajador desempeña las funciones que le hayan sido encomendadas».

<sup>64</sup> Conclusión 61 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09),

Mediante la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, se reguló el «trabajo a través de empresas de trabajo temporal», debido a que la utilización de tales empresas y la situación jurídica, el estatuto y las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por esas empresas se caracterizaban por una gran diversidad en el ámbito de la Unión Europea. Afirmándose que «la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal responde no solo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores (contribuyendo) a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo».

Se advierte en el preámbulo de aquella norma de la Unión Europea 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», que «la forma general de relación laboral son los contratos de trabajo de duración indefinida», y que dicha norma «debe aplicarse respetando las disposiciones del Tratado, en materia de libre prestación de servicios y de libertad de establecimiento, sin perjuicio de la Directiva 96/71/CE.

Aquella norma de la Unión Europea define como «empresa de trabajo temporal», aquella entidad 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», como «empresa usuaria 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», y como «misión el periodo 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».

A los efectos que interesan basta con añadir a lo dicho, y según se afirma, que para diferenciar entre una contrata y la existencia de un suministro de mano de obra, procede, en efecto, «comprobar si el objeto de la prestación de servicios es exclusivamente poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria o si el desplazamiento de esos trabajadores es accesorio a una prestación de servicios a una empresa»,<sup>65</sup> aspecto que no obstante y en definitiva, en sí mismo, ha de considerarse meramente accidental, respecto de quien es el receptor inmediato de las utilidades derivadas de la prestación de servicios por el trabajador, y quien tiene el poder real directivo respecto de la realización del trabajo.<sup>66</sup>

---

Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resueltos por la sentencia objeto de comentario, y que precisa «en otras palabras, la situación en la que un empleador celebra con una empresa usuaria un contrato en virtud del cual el primero delega en la segunda la potestad que le corresponde en su calidad de empleador a efectos de la ejecución de las tareas que se encomiendan al trabajador es (...), característica de un suministro de mano de obra».

<sup>65</sup> Conclusión 65 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resueltos por la sentencia objeto de comentario.

<sup>66</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., pág. 125, encuentra una explicación al ejercicio del poder de dirección cuando se producen externalizaciones en el fenómeno delegatorio, de tal manera que «la titularidad del poder directivo la tiene la empresa en cuanto tal, como sujeto económico autónomo, materializadas en los órganos correspondientes (...). Quien tiene por tanto los poderes sobre la prestación del trabajo es quien la entiende adecuada a los

En todo caso no parece que nuestra jurisprudencia haya dado debido cumplimiento al principio de «interpretación conforme», el cual:

- a) «Es inherente al régimen del TFUE, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen».<sup>67</sup>
- b) Determina que «al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible y además les obliga a interpretar el Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 del TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate».<sup>68</sup>

### III. LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN (LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES) Y LA ACTUACIÓN DE LAS «EMPRESAS DE SUMINISTRO DE MANO DE OBRA» EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

La proclamación de las libertades y derechos fundamentales en los Tratados fundacionales de la Unión Europea, determina que la acción de la Comunidad se distinga por una doble consecuencia:

- a) Por una parte, por la existencia de un «mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales».
- b) Por otra parte, por «una política en el ámbito social».

---

planes previstos y en tal sentido dirige y controla, por más que delegue el ejercicio concreto de tales poderes hasta el infinito (...). Todo lo cual contribuye a mantener que la titularidad del poder de dirección la tiene quien es titular de la organización productiva, tenga o no la propiedad de esta, pero pudiendo decidir su destino económico (...). Todo ello se refiere siempre a la decisión económica de la empresa a la que realmente pertenece el trabajador (...). Así puede suceder en los supuestos de contrata y subcontrata, en las que el trabajador sigue unas directrices a las que su propio empresario es ajeno en sentido estricto (...). O bien los casos de empresas de servicios o, hipotéticamente, las empresas de trabajo temporal».

<sup>67</sup> SSTJUE de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros, y de 10 de marzo de 2011, asunto C-109/09, Deutsche Lufthansa AG y Gertraud Kumpan.

<sup>68</sup> SSTJUE de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, Marleasing, de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros, y de 10 de marzo de 2011, asunto C-109/09, Deutsche Lufthansa AG y Gertraud Kumpan, debiendo tenerse en cuenta, en términos de las dos últimas sentencias indicadas, que si bien «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, el principio de interpretación conforme exige, sin embargo, que los órganos jurisdiccionales 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 de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta».



Ambas no solo han de compatibilizarse, sino que deben considerarse lo suficiente trabadas y constitutivas de una sola idea, la de economía social de mercado, consecuente con la siguiente observación:

«Dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado (TFUE) relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 151 del TFUE,<sup>69</sup> la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social.»<sup>70</sup>

El resultado de ese «sopesamiento» o «justo equilibrio» entre los objetivos buscados mediante la proclamación de las libertades de circulación y los objetivos de política social, en todo caso, se subordina al respeto y protección de los «derechos humanos», entre los que deben destacarse los relativos al empleo y a la retribución, así como los que proclaman igualdad (proyección de principio de igualdad ante o en la ley),<sup>71</sup> que moralizan y reconducen a sus límites naturales los excesos de cualquier «economicismo».

Dada la materia tratada en el presente comentario, ha de destacarse que la normativa comunitaria referente a la libre circulación de trabajadores no puede desgajarse, sin más, de las demás libertades de circulación, al haberse pretendido mediante la instauración conjunta y simultánea de todas ellas, una determinada finalidad<sup>72</sup> socioeconómica, que «en los tiempos que nos ha tocado vivir» se

<sup>69</sup> Cuya redacción es la siguiente: «(antiguo art. 136 TCE). La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.»

<sup>70</sup> SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd. y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet.

<sup>71</sup> La doctrina sobre igualdad ante o en la ley puede considerarse resumida en la STC 144/1988, de 12 de julio, (reiterada en las SSTC 125/2003, de 19 de junio y 330/2005, de 15 de diciembre), en la que se declaró que «el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Aquel principio «constituye una expresión específica del principio general de igualdad que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, (y) forma parte de los fundamentos de la Comunidad», indican las SSTJUE de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne II, y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer.

<sup>72</sup> En este sentido debe resaltarse que según jurisprudencia reiterada, la libertad de establecimiento, que el Derecho comunitario reconoce a los nacionales de los Estados miembros y que implica para ellos el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio y la constitución y gestión de empresas en las mismas condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de



halla en vías de ser trascendida por otras finalidades políticas de más largo alcance, tendentes a configurar un solo Estado, federal o confederal, europeo.

En todo caso conviene precisar que todas las normas comunitarias relativas las libertades de circulación, en cuanto se refieran a personas (físicas o jurídicas), hacen referencia a «nacionales» (lo que no implica desconocer la realidad y preeminencia actual de la ciudadanía europea de los nacionales de los Estados miembros).<sup>73</sup> Circunstancia que determina la necesaria toma en consideración de un elemento de «extranjería». Bien entendido que en el ámbito de aplicación de los Tratados (de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea), y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE).<sup>74</sup>

De tal manera que «no hay duda de que una normativa nacional que supedita la prestación de servicios realizada por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro al requisito de que esta persona tenga un domicilio social en el territorio nacional constituye una infracción patente (del Derecho comunitario)». <sup>75</sup> Pero es que además «las normas de igualdad de trato entre los nacionales y los no nacionales no solo prohíben las discriminaciones patentes por razón de la nacionalidad, o del domicilio social por lo que se refiere a las sociedades, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, produzca, de hecho, el mismo resultado», <sup>76</sup> aboliéndose no solo las medidas discriminatorias sino, más ampliamente, cualesquiera «restricciones». <sup>77</sup> Esto es, ha de considerarse que:

- Por una parte, el criterio de distinción basado en la residencia conduce de hecho al mismo resultado que una discriminación basada en la nacionalidad, en cuanto existe el riesgo de que actúen en detrimento principalmente de los nacionales de otros Estados miembros, en

actividad principal en el interior de la Unión Europea, el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (SSTJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, Marks & Spencer; de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation; de 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/08, Filipiak; y de 15 de abril de 2010, asunto C-96/08, CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Kereskedelmi kft contra Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal [(APEH) Hatósági Főosztály]). Si bien las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (SSTJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, Columbus Container Services; de 23 de octubre de 2008, asunto C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt; y 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/08, Filipiak). Asimismo, es jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad (SSTJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, Columbus Container Services, y de 23 de octubre de 2008, asunto C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt).

<sup>73</sup> Véase nota 7.

<sup>74</sup> Antiguos artículos 7 del Tratado CEE y 12 de la Constitución Europea (CE).

<sup>75</sup> Afirmación contenida en la conclusión 46 de las presentadas por el Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, el 7 de septiembre de 2010, en el asunto C-382/08, Michael Neukirchinger contra Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen, resuelto por STJUE de 25 de enero de 2011.

<sup>76</sup> SSTJUE de 27 de octubre de 2009, asunto C-115/08, ČEZ; y de 25 de enero de 2011, asunto C-382/08, Michael Neukirchinger y Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen.

<sup>77</sup> Como precisa el Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, en su conclusión 66, de las presentadas el 7 de septiembre de 2010, en el asunto C-382/08, Michael Neukirchinger contra Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen, resuelto por STJUE, Gran Sala, de 25 de enero de 2011.

la medida en que los no residentes son en la mayor parte de los casos no nacionales.<sup>78</sup> Las diferencias de trato solo resultan justificables si se basan en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional.<sup>79</sup>

- Por otra parte, el criterio de distinción basado en el lugar del domicilio social constituye, en principio, una discriminación por razón de la nacionalidad,<sup>80</sup> al extremo que si no se tienen en cuenta los resultados favorables de las actuaciones administrativas (permisos y licencias) practicadas en otros Estados miembros, y cuyos requisitos sean sustancialmente iguales, se introduce un criterio de distinción que conduce de hecho al mismo resultado que un criterio basado en la nacionalidad.

## 1. Prohibición de discriminaciones y restricciones por razón de la nacionalidad de un Estado miembro. El carácter principal de la «ciudadanía europea»

La libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores, en el seno de la Unión Europea, implican no efectuar discriminación alguna por razón de la nacionalidad. Principio establecido en el artículo 18 del TFUE<sup>81</sup> que se aplica de manera independiente solo en situaciones

<sup>78</sup> SSTJUE de 29 de abril de 1999, asunto C-224/97, Ciola; de 16 de enero de 2003, asunto C-388/01, Comisión/Italia; de 15 de marzo de 2005, asunto C-209/03, Bidar; y de 25 de enero de 2011, asunto C-382/08, Michael Neukirchinger y Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen.

<sup>79</sup> SSTJUE de 15 de marzo de 2005, asunto C-209/03, Bidar; y de 25 de enero de 2011, asunto C-382/08, Michael Neukirchinger y Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen.

<sup>80</sup> SSTJUE, de 27 de octubre de 2009, asunto C-115/08, ČEZ; y de 25 de enero de 2011, asunto C-382/08, Michael Neukirchinger y Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen.

<sup>81</sup> El actual artículo 18 del TFUE, que dice lo siguiente: «(antiguo artículo 12 TCE) En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones»; Según indica la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones 26, 27, 32 y 36, de las presentadas el 28 de febrero de 2008, en el asunto C-164/07: a) «El artículo 12 CE, párrafo primero, prohíbe en el ámbito de aplicación del Tratado toda discriminación por razón de la nacionalidad» (SSTJUE de 11 de septiembre 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania, de 11 de septiembre de 2007, asunto C-76/05, Schwarz y Gootjes-Schwarz, de 23 de octubre de 2007, asunto C-11/06 Morgan, de 12 de julio de 2005, asunto C-403/03, Schempp, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello, y de 24 de noviembre de 1998, asunto C-274/96, Bickel y Franz); b) «Entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario se incluyen las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado»; c) «El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto» (SSTJUE de 11 de septiembre 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania; de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello; de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, D'Hoop; y de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk); d) «La prohibición de discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente» (SSTJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-300/04, Eman y Sevinger; de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, IATA y ELFAA; y de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello). Esto es, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (SSTJUE de 14 de febrero de 1995, asunto C-279/93; Schumacker, de 22 de marzo de 2007, asunto C-383/05, Talotta; y de 18 de julio de 2007, asunto C-182/06, Lakebrink y Peters-Lakebrink).

reguladas por el Derecho de la Unión Europea para las que no se prevean normas específicas contra la discriminación.<sup>82</sup>

Efectivamente, dado que el artículo 18 del TFUE está destinado a aplicarse de manera independiente únicamente cuando no existan normas de Derecho de la Unión Europea que específicamente prohíban la discriminación, y siendo así que precisamente el Derecho de la Unión Europea establece normas específicas para la libre prestación de servicios y para la libre circulación de trabajadores,<sup>83</sup> a ellas habrá de aludirse y no al artículo 128 del TFUE.

Tales normas constituyen un conjunto de diversas tipologías (normas fundacionales, reglamentos y directivas, principalmente), que ha de ser objeto de interpretación, cuidadosa y ordenada, si bien la distinta naturaleza de aquellas normas conlleva que los criterios hermenéuticos a utilizar no deban emplearse siempre, en el mismo orden, ni en el mismo sentido, ni con la misma intensidad. Existe no obstante un criterio general, según el cual debe tenerse en cuenta no solo el tenor literal de la norma (interpretación gramatical), sino también el contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte<sup>84</sup> (interpretación teleológica),<sup>85</sup> que reviste una singular importancia cuando la norma a interpretar sea una directiva.

La necesidad de interpretación uniforme de las directivas de la Unión excluye la posibilidad de que, en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado aisladamente, exigiendo que sea interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales,<sup>86</sup> y en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición de la Unión, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.<sup>87</sup> Sin que una singular versión lingüística de cualquier disposición del Derecho de la Unión pueda constituir la única base para su interpretación, no pudiéndosele reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas, pues semejante consideración sería incompatible con la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión.<sup>88</sup>

<sup>82</sup> SSTJUE de 26 de noviembre de 2002, asunto C-100/01, Oteiza Olazábal, y de 29 de abril de 2004, asunto C-387/01, Weigel.

<sup>83</sup> SSTJUE de 11 de marzo de 2001, asunto C-397/98, Metallgesellschaft y otros; de 11 de octubre de 2007, asunto C-443/06, Hollmann; y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, Lammers & Van Cleeff NV contra Belgische Staat.

<sup>84</sup> SSTJUE de 17 de noviembre de 1983, asunto 292/82, Merck; de 14 de octubre de 1999, asunto C-223/98, Adidas; de 7 de junio de 2005, asunto C-17/03, VEMW y otros; de 10 de septiembre de 2009, asunto C-199/08, Eschig; y de 15 de abril de 2010, asunto C-518/08, Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP), Juan-Leonardo Bonet Domènech, y otros.

<sup>85</sup> STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA). También lo indica la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en la conclusión 53 de las presentadas el 10 de septiembre de 2009 en ese asunto.

<sup>86</sup> SSTJUE de 2 de abril de 1998, asunto C-296/95, EMU Tabac y otros; de 17 de junio de 1998, asunto C-321/96, Meecklenburg; de 4 de octubre de 2007, asunto C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie; de 9 de octubre de 2008, asunto C-239/07, Sabatauskas y otros; de 20 de noviembre de 2008, asunto C-375/07, Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading; de 10 septiembre 2009, asunto C-199/08, Eschig; y de 15 de octubre de 2010, asunto C-511/08, Handelsgesellschaft Heinrich Heine GMBH contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.

<sup>87</sup> SSTJUE de 9 de marzo de 2000, asunto C-437/97, EKW y Wein & Co.; de 4 de octubre de 2007, asunto C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie; y de 9 de octubre de 2008, asunto C-239/07, Sabatauskas y otros.

<sup>88</sup> SSTJUE de 27 de marzo de 1990, asunto C-372/88, Cricket St. Thomas; de 12 de noviembre de 1998, asunto C-149/97, Institute of the Motor Industry; y de 9 de octubre de 2008, asunto C-239/07, Sabatauskas y otros.

En otro orden de consideraciones, ha de precisarse que «solo pueden invocarse motivos de interés general para justificar una medida nacional que puede obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales que ampara el Derecho de la Unión cuando dicha medida tiene en cuenta los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia comunitario». <sup>89</sup> Además, las disposiciones de una norma de la Unión Europea deben ejecutarse con ineludible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. <sup>90</sup>

En una consideración general de la normativa de la Unión Europea, de carácter derivado, relativa a las libertades de circulación, lo primero que ha de tomarse en consideración es la necesidad de interpretarla conforme a las libertades y derechos fundamentales que se impone a sí misma la Unión Europea, siendo sus líneas directrices las siguientes: <sup>91</sup>

- Aparece como principio cardinal el de la «interpretación conforme con los derechos fundamentales, que puede entenderse asimismo como una forma de interpretación conforme con el Derecho primario o interpretación "conforme con la Constitución". Con arreglo al mismo, las disposiciones del Derecho de la Unión Europea deben interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo compatible con los derechos fundamentales pertinentes».
- «Como principio general los derechos humanos fundamentales no solo aparecen, en el marco de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, como criterios de interpretación, sino de una forma mucho más directa también como norma inmediata para el examen de la legalidad de los actos comunitarios.»
- Las restricciones a las libertades de circulación «no pueden justificarse sin más por la protección de los derechos fundamentales específicos garantizados en la Constitución de un Estado miembro. Por el contrario, debe examinarse en qué medida dicha restricción puede justificarse por razones reconocidas en el Derecho de la Unión Europea, especialmente la protección del orden público».

Establecida su conformidad, e interpretadas conforme a los derechos fundamentales, las normas de la Unión Europea de derecho derivado, relativas a la libre circulación, se aplican y deben ser observadas no solo por las normas estatales o de otras autoridades públicas, así como a sus actos generales y particulares de las autoridades públicas, sino que también se aplican «directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente», <sup>92</sup> y han de observarse en sus actuaciones por los ciudadanos de los Estados miembros (sean personas físicas o jurídicas), en cuanto que ciudadanos europeos. Bien que tales «disposiciones sobre libre circulación no siempre (ofrezcan) una solución específica para cada caso, sino que simplemente (fijen) unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados». <sup>93</sup>

<sup>89</sup> SSTJUE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT; y de 26 de junio de 1997, asunto C-368/95, Familiapress.

<sup>90</sup> SSTJUE de 17 de mayo de 2001, asunto C-159/99, Comisión/Italia; de 27 de febrero de 2003, asunto C-415/01, Comisión/Bélgica; y de 27 de abril de 2006, asunto C-441/02, Comisión/Alemania.

<sup>91</sup> Indica la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl, conclusiones 57, 61 y 70, de las presentadas el 18 de marzo de 2004, en el asunto C-36/02, resuelto por STJUE de 14 de octubre de 2004.

<sup>92</sup> Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 43, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>93</sup> Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 50, de su escrito presentado el 2 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

El mandato de aplicación e interpretación conforme a los derechos humanos, libertades y derechos fundamentales, de las «disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo»,<sup>94</sup> y afecta tanto a sujetos públicos como privados. La razón está en que «los trabajadores no pueden cambiar sus cualificaciones profesionales u obtener un trabajo alternativo con la misma facilidad con que los comerciantes pueden alterar sus productos o encontrar modos alternativos de comercializarlos (...). El dicho de que "el mercado puede seguir siendo irracional más tiempo del que tú puedes seguir siendo solvente" es quizá más cierto en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores que en cualquier otro».<sup>95</sup>

## 2. Libre prestación de servicios

Indica el artículo 56 del TFUE<sup>96</sup> que están «prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Unión Europea que no sea el del destinatario de la prestación», libertad de prestación de servicios que se podrá extender «a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión». Entendiéndose por «servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas» y comprendiendo, en particular, las actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, artesanal y profesional (art. 57 TFUE).

Los prestadores de servicios podrán, «con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales». En todo caso la libre prestación de servicios presupone la liberalización en la prestación de ese tipo de servicio, lo que no se ha operado automáticamente y respecto de todo tipo de servicios (art. 59 TFUE), exigiéndose no obstante un esfuerzo en ese sentido a los Estados miembros (art. 60 TFUE), y previniéndose que en tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (art. 61 TFUE).

La libre prestación de servicios exige que además de eliminarse toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, se suprima cualquier otra restricción,<sup>97</sup> aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer

<sup>94</sup> Indica el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 46, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, y según el cual «el Tribunal de Justicia lo ha reconocido en la sentencia Angonese, cuando aplicó el artículo 39 de la CE a un banco privado de Bolzano».

<sup>95</sup> Añade el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 47, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>96</sup> Antiguo artículo 49 de la CE.

<sup>97</sup> SSTJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-490/04, Comisión/Alemania; de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, Säger; de 28 de marzo de 1996, asunto C-272/94, Guiot; y de 19 de enero de 2006, asunto C-244/04, Comisión/Alemania.

menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.<sup>98</sup>

Por todo ello el Derecho de la Unión Europea se opone tanto a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros,<sup>99</sup> como a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro,<sup>100</sup> pudiendo ser invocado el derecho a la libre prestación de servicios frente al Estado o a otros particulares, por una empresa donde esté establecida cuando dichos servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro y, en términos generales, incluso en el supuesto de que el prestador de servicios ofrezca sus servicios en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el cual se halla establecido.<sup>101</sup>

Se precisa<sup>102</sup> que si bien el Derecho de la Unión Europea no resuelve expresamente la cuestión del efecto horizontal «directo e indirecto» de la libre prestación de servicios, sin embargo sí que lo hace indirectamente bastando para ello «considerar el lugar y la función que estas disposiciones tienen en la economía del Tratado».<sup>103</sup> Destacándose<sup>104</sup> que:

- a) Las disposiciones sobre libre circulación forman parte de un conjunto (formado, por aquellas libertades y las relativas a la defensa de la competencia) coherente de normas cuya finalidad, que se describe en el artículo 3 de la Constitución Europea, es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia, «fundamentalmente, confiriendo derechos a los operadores del mercado».
- b) Las normas relativas a la libre prestación de servicios «en esencia, protegen a los operadores del mercado facultándoles para impugnar determinados impedimentos a la posibilidad

<sup>98</sup> SSTJUE de 8 de septiembre de 2005, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, Mobistar y Belgacom Mobile; de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, Cipolla y otros; de 11 de enero de 2007, asunto C-208/05, ITC; y de 13 de diciembre de 2007, asunto C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL.

<sup>99</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto C-76/05, Schwarz y Gootjes-Schwarz; Las restricciones a la libre prestación de servicios se hallan muy vinculadas a las restricciones a la libertad de establecimiento (previstas en los artículos 49 y 56 TFUE) indicándose por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que tales restricciones consisten en medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (SSTJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-439/99, Comisión/Italia; de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBank France; de 30 de marzo de 2006, asunto C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti; de 4 de diciembre de 2008, asunto C-330/07, Jobra; y de 29 de marzo de 2011, asunto C-565/08, Comisión/Italia). En particular, el concepto de restricción abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros (SSTJUE de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBan; de 28 de abril de 2009, asunto C-518/06, Comisión/Italia; y de 29 de marzo de 2011, asunto C-565/08, Comisión/Italia).

<sup>100</sup> SSTJUE de 28 de abril de 1998, Safir, asunto C-118/96; y de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04, Comisión/Reino de Dinamarca.

<sup>101</sup> STJUE 5 de octubre de 1994, asunto C-381/93, Comisión/Francia.

<sup>102</sup> Por el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 31, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>103</sup> Indica el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 31, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>104</sup> Señala el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en las conclusiones 32, 33, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.



de competir en igualdad de condiciones en el mercado común», al extremo que «sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Unión Europea de tener un mercado (común) que funcione (eficientemente)».

Por tanto, se añade,<sup>105</sup> «no resulta sorprendente que el Tratado confiera a los operadores del mercado derechos que pueden ser invocados contra las autoridades de los Estados miembros y contra otros sujetos, sean o no empresarios. En principio, por lo que atañe a las empresas u otros operadores en el mercado, las normas sobre competencia juegan un papel principal. En lo que se refiere a las autoridades de los Estados miembros, este papel corresponde a las disposiciones sobre libre circulación. De ahí que, para garantizar eficazmente los derechos de los operadores del mercado, las normas sobre competencia tengan un efecto horizontal, mientras que las normas sobre libre circulación tengan un efecto vertical».

Semejante diferenciación de efectos, no obstante, «no hace válido el argumento a contrario de que el (Derecho de la Unión Europea) excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación», pues aquel «efecto horizontal (directo o indirecto)<sup>106</sup> se derivará lógicamente del (TFUE) cuando sea necesario para permitir que los operadores del mercado de toda la Comunidad tengan las mismas oportunidades de acceder a cualquier parte del mercado común»,<sup>107</sup> resultando de todo:

<sup>105</sup> Precisa el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 34, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>106</sup> Como indica el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 39, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, «una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes. La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como "mittelbare Drittwirkung", o efecto horizontal indirecto». El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que «el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia ley y del juez que la aplica». Añadiendo, en la conclusión 40, que «en lo que se refiere a la delimitación de los respectivos ámbitos de derechos, el efecto horizontal indirecto puede diferir del efecto horizontal directo en la forma; sin embargo, en lo esencial no hay ninguna diferencia».

<sup>107</sup> Concreta el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 35, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007. Argumentando, en sus conclusiones 36 a 40, lo siguiente: «Por lo tanto, en el centro de la cuestión se encuentra la siguiente pregunta: ¿implica el Tratado que, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado común, las disposiciones sobre libre circulación protegen los derechos de los operadores del mercado no solo limitando las facultades de las autoridades de los Estados miembros, sino también limitando la autonomía de los demás operadores? Parte de la doctrina ha propuesto que se responda a la cuestión de forma rotundamente negativa –su principal argumento es que las normas sobre competencia bastan para hacer frente a las interferencias en el correcto funcionamiento del mercado común de operadores no estatales–. Otros, sin embargo, han señalado que una actuación particular –es decir, una actuación que no emana en último término del Estado y a la que no se aplican las normas sobre competencia– puede, desde luego, obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado común y, por lo tanto, sería un error excluir categóricamente tal actuación de las normas sobre libre circulación. (...) esta última opinión es más realista. También está apoyada por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las normas sobre libre circulación pueden limitar la autonomía de los particulares, especialmente en sus sentencias en los asuntos Comisión/Francia y Schmidberger. Ambos asuntos se apoyan fundamentalmente en el razonamiento de que los actos de los particulares pueden poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que no se puede permitir a los particulares actuar sin tener en cuenta adecuadamente los derechos que se derivan para los demás particulares de las normas sobre libre circulación».



- a) Que las normas sobre libre circulación se aplican directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente.
- b) Que las disposiciones sobre libre circulación se aplican a las actuaciones de los particulares que, debido a su efecto general sobre los titulares de derechos a la libre circulación, pueden restringirles el ejercicio de estos derechos, creando obstáculos que no puedan eludir razonablemente.
- c) Que la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo.
- d) Que las disposiciones sobre libre circulación no siempre ofrecen una solución específica para cada caso, sino que simplemente fijan unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados.

La circunstancia de que determinados sujetos privados estén sometidos a las normas sobre libre circulación no supone el fin de su autonomía privada, ni significa necesariamente que estén sometidos exactamente a los mismos estándares. Ciertamente, las autoridades estatales pueden aplicar distintos baremos en su análisis de cualquier obstrucción a las libertades de circulación, dependiendo de la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación, de la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada. En definitiva, los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden.<sup>108</sup>

Por todo ello «incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre de circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados». Pudiéndose concluir que «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario»,<sup>109</sup> de tal manera que «el Derecho nacional (...) conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, (que) se garantiza la efectividad del Derecho comunitario».<sup>110</sup>

Aquella aplicabilidad de los Derechos nacionales de los Estados miembros en cuestiones en que esté implicada la libre prestación de servicios, así como el grado de libertad de que gozan los Estados miembros para regular las relaciones *inter privatos*, tiene consecuencias o implicaciones incluso procesales,<sup>111</sup> en las que, no obstante, no es preciso detenerse, bastando con dejarlo indicado.

<sup>108</sup> Destaca el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>109</sup> Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>110</sup> Señala el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>111</sup> Siguiendo las indicaciones del Abogado General Sr. Poiares Maduro, en las conclusiones 52 y 53, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, que son las siguientes: 1) «Aunque las normas del proceso civil varían de un sistema jurídico nacional a otro, un rasgo común es

La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.<sup>112</sup>

El artículo 56 del TFUE al oponerse, en particular, a toda normativa nacional que pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro,<sup>113</sup> en el que presta legalmente servicios análogos,<sup>114</sup> determina:

- a) Que solo pueda limitarse la libre prestación de servicios mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general.
- b) Que esas normas se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés (general) no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido.<sup>115</sup>

Todas las consideraciones efectuadas son de aplicación a las empresas de «suministro de mano de obra» o «empresas de trabajo temporal», dada la, sin duda relevante, afirmación siguiente, que efectúa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a lo ya establecido en su propia jurisprudencia,<sup>116</sup> en la sentencia objeto de comentario:

que las partes de los procedimientos son las principales responsables de determinar el contenido y el ámbito del litigio»; 2) «Si se permitiese a esas partes iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional amparándose simplemente en las normas sobre libre circulación del Tratado aplicables, existiría el riesgo de que las normas nacionales aplicables no se tuvieran en consideración»; 3) «Para que esto no suceda, los Estados miembros pueden exigir, de conformidad con el principio de autonomía procesal, que las demandas contra un particular, basadas en la vulneración del derecho a la libre circulación, se interpongan dentro del marco jurídico nacional, conforme a una acción de Derecho interno, por ejemplo, de responsabilidad extracontractual o incumplimiento contractual»; 4) «Al resolver el litigio del que conoce, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar el Derecho nacional de conformidad con las normas sobre libre circulación del Tratado. Si esto no es posible, y el Derecho nacional entra en conflicto con las normas sobre libre circulación, entonces prevalecerán estas»; 4) «Si no existe una vía de recurso judicial, porque el Derecho nacional no contempla ninguna acción a través de la cual recurrir contra una vulneración del derecho a la libre circulación, entonces, conforme al principio de efectividad, la demanda podrá basarse directamente en la disposición pertinente del Tratado».

<sup>112</sup> SSTJUE de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, Säger; de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus; y de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, Gebhard.

<sup>113</sup> «El artículo 56 del TFUE no solo obliga a eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad contra el prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también a suprimir cualquier restricción que, pese a aplicarse indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, pueda producir el resultado de prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» (SSTJUE de 3 de octubre de 2000, asunto C-58/98, Corsten; de 8 de septiembre de 2009, asunto C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International; y de 17 de marzo de 2011, asuntos aculados C-372/09 y C-373/09, Josep Peñarroja Fa.

<sup>114</sup> SSTJUE de 28 de abril de 1998, asunto C-118/96, Safir; y de 8 de septiembre de 2005, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, Mobistar y Belgacom Mobile.

<sup>115</sup> SSTJUE de 23 de noviembre de 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade y otros; de 24 de enero de 2002, asunto C-164/99, Portugaia Construções; y de 21 de octubre de 2004, asunto C-445/03, Comisión/Luxemburgo.

<sup>116</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto 279/80, Webb, y Auto de 16 de junio de 2010, asunto C-298/09, RANI Slovakia.

«La actividad de una empresa consistente en la cesión de personal a otra empresa mediante retribución, cuando el personal sigue empleado por la primera empresa y no celebra contrato alguno con la segunda, es una actividad profesional que reúne los requisitos fijados en el artículo 57 del TFUE, párrafo primero, y debe ser considerada, por tanto, como servicio en el sentido de esa disposición.»

Bien que se reconozca la peculiaridad de ese tipo de prestaciones de servicios empresariales:

- Porque «los trabajadores al servicio de empresas de suministro de mano de obra pueden, según el caso, estar comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas del Tratado (TFUE) en materia de libre circulación de trabajadores y de los reglamentos dictados en su aplicación».<sup>117</sup>
- Porque «procede reconocer que el suministro de mano de obra representa un ámbito particularmente sensible desde el punto de vista profesional y social (...); dada la particular naturaleza de las relaciones laborales inherentes a este tipo de actividad, su ejercicio afecta directamente tanto a las relaciones en el mercado laboral como a los intereses legítimos de los trabajadores afectados».<sup>118</sup>

### 3. La libre circulación de personas (trabajadores)

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el conjunto de disposiciones del TFUE relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, y se oponen a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.<sup>119</sup>

Efectivamente, «el derecho a la libre circulación de los ciudadanos y sus familiares en la Unión es uno de los principios fundamentales en los que se basa la Unión y de la ciudadanía europea. Los ciudadanos de la Unión tienen derecho a desplazarse y a residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros (...). En el ejercicio de estos derechos se garantiza a los ciudadanos la igualdad de trato a los nacionales en las condiciones establecidas por el Derecho de la Unión. La aplicación

<sup>117</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto 279/80, Webb, y conclusión 32 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en Asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resuelto por la sentencia objeto de comentario.

<sup>118</sup> Véase nota anterior.

<sup>119</sup> STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-379/09, Maurits Casteels y British Airways plc, que reitera la jurisprudencia anterior recogida en las SSTJUE de 7 de julio de 1988, asuntos acumulados 154/87 y 155/87, Wolf y otros; de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve; de 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania; de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flaman; de 13 de abril de 2010; y de la misma fecha, asunto C-91/08, Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno, Frankfurter Entsorgungs-und Service (FES) GmbH, en el que participa: Deutsche Städte Medien (DSM) GMBH, precisándose en esta última sentencia, «que los artículos 43 CE y 49 CE constituyen aplicaciones específicas de la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad consagrada en el artículo 12 CE», reiterándose doctrina recogida en las SSTJUE de 8 de marzo de 2001, asuntos C-397/98 y C-10/98, Metallgesellschaft y otros; y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, Lammers & Van Cleeff.

efectiva de la legislación de la Unión en la materia es, por lo tanto, prioritaria». <sup>120</sup> Imponiéndose a las instituciones comunitarias el deber de «supervisar la ejecución y la aplicación de estas normas para garantizar el derecho a la libre circulación».

Bien entendido que «la libertad de circulación no solo otorga derechos, sino también impone obligaciones a quienes se benefician de ella», siendo por ello preciso «evitar los abusos y los fraudes». «La obtención del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión para los ciudadanos y sus familiares es una ventaja inherente al ejercicio del derecho de libre circulación», y «el objetivo de dicho derecho es evitar la elusión de las normas de inmigración», por ello «los Estados miembros deben salvaguardar y proteger más el derecho de libre circulación, colaborando entre sí y con la Comisión». <sup>121</sup>

Para que una medida se considere restrictiva del derecho a la libre circulación de los trabajadores, no es necesario que se base en la nacionalidad de las personas afectadas ni siquiera que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique solo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros, y no a los trabajadores nacionales. <sup>122</sup> Basta que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro en cuestión. <sup>123</sup>

Al extremo que «todo ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 18 del TFUE, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad en todas las situaciones comprendidas, *ratione materiae* en el Derecho de la Unión, entre las que figuran el ejercicio de la libre circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros tal y como se halla reconocida en el artículo 21 del TFUE, (siendo) irrelevante que eventualmente no ejerza ninguna actividad económica». <sup>124</sup> A lo que no obsta el que las normas fundacionales en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de estas no puedan aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado. <sup>125</sup>

<sup>120</sup> Se indica el «Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», formulado por el Consejo Europeo, para el periodo 2010-2014, publicado en el DOUE de 4 de mayo de 2010, (Serie C, núm. 115), punto 2.2.

<sup>121</sup> Según se indica en el «Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», *op. cit.*, punto 2.2.

<sup>122</sup> SSTJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-281/98, Angonese; y de 16 de enero de 2003, asunto C-388/01, Comisión/Italia.

<sup>123</sup> SSTJUE de 25 de julio de 1991, asunto C-353/89, Comisión/Países Bajos; y de 13 de diciembre de 2007, asunto C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium y otros; y de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol, Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française. Como precisa esta última sentencia, «el principio de no discriminación prohíbe no solo las discriminaciones directas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación indirecta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros», reiterando doctrina contenida en las SSTJUE de 30 de noviembre de 2000, asunto C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund; y de 18 de julio de 2007, C-212/05, Hartmann.

<sup>124</sup> STJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française.

<sup>125</sup> SSTJUE de 8 de diciembre de 1987, asunto 20/87, Gauchard; y de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

Esto es, todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y de trabajadores.<sup>126</sup>

En ese contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutan, en particular, del derecho, fundado directamente en las normas fundacionales o constitutivas de la Unión Europea, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y permanecer en este con el fin de ejercer allí una actividad económica.<sup>127</sup> Aquellas disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados.<sup>128</sup>

En consecuencia, el Derecho comunitario se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario,<sup>129</sup> por ello.<sup>130</sup>

- a) Las medidas nacionales que puedan restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE, únicamente pueden admitirse si persiguen un objetivo de interés general, son adecuadas para conseguirlo y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen.<sup>131</sup>
- b) Ningún Estado miembro puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las resultantes de la estructura constitucional de dicho Estado, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario.<sup>132</sup>

El artículo 45 del TFUE garantiza la libre circulación de los trabajadores en la Comunidad. Esa libertad lleva consigo en particular, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, los siguientes derechos:

<sup>126</sup> SSTJUE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, Scholz; de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve; y de 18 de julio de 2007, asunto C-212/05, Hartmann.

<sup>127</sup> SSTJUE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Bosman; y de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

<sup>128</sup> SSTJUE de 7 de marzo de 1991, asunto C-10/90, Masgio; de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve; y de 15 de junio de 2000, asunto C-302/98, Seherer.

<sup>129</sup> SSTJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus; de 9 de septiembre de 2003, asunto C-285/01, Burbaud; y de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBank France.

<sup>130</sup> STJUE de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand.

<sup>131</sup> SSTJUE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, de Lasteyrie du Saillant; de 18 de enero de 2007, asunto C-104/06, Comisión/Suecia; y de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand.

<sup>132</sup> SSTJUE de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, asunto C-87/02; y de 26 de octubre de 2006, Comisión/Austria, asunto C-102/06.

- Responder a ofertas efectivas de trabajo.
- Desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
- Residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo.

El conjunto de disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio de la Comunidad y se oponen a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.<sup>133</sup>

De este modo, aunque por su tenor, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores tengan por objeto, en particular, garantizar el derecho al trato nacional en el Estado de cogida, se oponen también a que el Estado de origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro.<sup>134</sup>

La circunstancia de que los sujetos privados (trabajadores y empresarios) estén sometidos a las normas sobre libre circulación no impide que «los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden».<sup>135</sup> Eso es, como ya se significó en relación con la libre prestación de servicios, la libre circulación de trabajadores no supone el fin de su autonomía privada, ni significa necesariamente que los particulares estén sometidos exactamente a los mismos estándares, permitiendo las autoridades estatales aplicar distintos baremos en su análisis de cualquier obstrucción a semejante libertad de circulación, dependiendo, bien de la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio de ese derecho a la libre circulación, bien de la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada.

Además no debe olvidarse, que también en relación con esta libertad circulatoria, en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre esta libertad de circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados. De tal manera que «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario»,<sup>136</sup> consecuentemente «el Derecho nacional (...) conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, (que) se garantiza la efectividad del Derecho comunitario».<sup>137</sup>

<sup>133</sup> SSTJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, Singh, de 27 de enero de 2000, asunto C-190/98, Graf; y de 15 de junio de 2000, asunto C-302/98, Seherer.

<sup>134</sup> STJUE de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

<sup>135</sup> Destaca el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>136</sup> Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007.

<sup>137</sup> Precisa el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, resuelto por STJUE, Gran Sala, de 11 de diciembre de 2007.

#### IV. EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES, POR UNA EMPRESA DE «SUMINISTRO DE MANO DE OBRA», O «EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL», EN LA UNIÓN EUROPEA

En la delimitación de su campo de aplicación la Directiva 96/71/CE establece, en su artículo 1.3 c), que se aplicará, entre otras, a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores en su «calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra», a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento (...).

Precisa la sentencia objeto de comentario, que «una empresa que proporciona mano de obra, si bien presta servicios en el sentido del TFUE, ejerce actividades que tienen precisamente por objeto que ciertos trabajadores accedan al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida». De tal manera que aquel trabajador desplazado «normalmente está destinado, durante el periodo de su cesión, a un puesto dentro de la empresa usuaria que de otro modo habría estado ocupado por un empleado de esta». Esto es:

- «El suministro de mano de obra constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, en el sentido del artículo 57 del TFUE, párrafo primero, mediante la cual el trabajador puesto a disposición sigue empleado por el proveedor y no celebra contrato laboral alguno con el usuario.»
- «El artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71/CE establece también que debe existir una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento.»
- «Es necesario distinguir entre el suministro de mano de obra y el desplazamiento temporal de trabajadores que son enviados a otro Estado miembro para realizar allí trabajos en el marco de una prestación de servicios de su empresario.»<sup>138</sup>

Consecuentemente la meritada resolución del Tribunal de Justicia considera que el desplazamiento de trabajadores por su empresario a otro Estado miembro es accesorio a una prestación de servicios realizada por dicho empresario en ese Estado miembro. Esto es, se produce un desplazamiento de trabajadores por una «empresa de suministro de mano de obra» o «empresa de trabajo temporal» cuando, a diferencia de un desplazamiento temporal en el marco de un arrendamiento de obra o de servicios (contrata/subcontrata), el desplazamiento de trabajadores a otro Estado miembro constituye el propio objeto de la prestación de servicios transnacional.

Porque, precisa la resolución jurisdiccional que se comenta, aquel trabajador desplazado por la «empresa de suministro de mano de obra» o «empresa de trabajo temporal», trabaja bajo el control y la dirección de la empresa usuaria. «Este es el corolario del hecho de que tal trabajador no realiza su

<sup>138</sup> Constitutivos de los desplazamientos referidos en el artículo 1, apartado 3, letras a) y c), de la Directiva 96/71/CE.



trabajo en el marco de una prestación de servicios efectuada por su empresario en el Estado miembro de acogida». Esta característica, advierte la sentencia que se comenta, «se menciona asimismo en el artículo 1, número 2, de la Directiva 91/383/CEE,<sup>139</sup> que dispone que un empleado de una empresa de trabajo temporal es adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa o un establecimiento usuario.

La afirmación efectuada por la sentencia objeto de comentario, y según la cual la actividad de una empresa consistente en la cesión de personal a otra empresa mediante retribución, continuando aquellos trabajadores empleados por la primera empresa, constituye una actividad profesional que debe ser amparada por la libre circulación de servicios (ex art. 57 TFUE) y ser considerada como tal a efectos de la Directiva, 96/71/CE, tiene diferentes y múltiples implicaciones, pudiendo contemplarse además desde las diferentes y en buena medida contrapuestas, perspectivas siguientes:

- Desde la consideración de que con ella se pretende proteger a los trabajadores, incluyendo «en su ámbito de aplicación (de la Directiva 96/71/CE) un abanico lo más amplio posible de situaciones caracterizadas por un desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, para que el mayor número de trabajadores pueda beneficiarse de las normas establecidas en la misma».<sup>140</sup>
- Desde el resultado de que una «afluencia brutal de trabajadores puestos a disposición», puede «desestabilizar el mercado laboral del Estado miembro de acogida»,<sup>141</sup> lo que es singularmente destacable en tiempos de crisis económica general y globalizada, como los que nos ha tocado vivir, en los que las cifras de «paro o desempleo» son en todos los países elevadas, y en algunos escandalosas, determinando políticas restrictivas al ejercicio de las libertades de circulación por algunos Estados miembros de la Unión Europea.

Especial atención se ha dedicado a la circunstancia de que la actividad de unas «empresas de suministro de mano de obra», advierte la sentencia que se comenta, puede «tener un impacto en el mercado laboral del Estado miembro del destinatario de la prestación», puesto que:

- «Por un lado, los trabajadores empleados por empresas de suministro de mano de obra pueden estar comprendidos, en su caso, dentro del ámbito de aplicación de los artículos 45 a 48 del TFUE y de los reglamentos de la Unión adoptados para su desarrollo.»

<sup>139</sup> Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

<sup>140</sup> Conclusión 55 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resuelto por la sentencia objeto de comentario.

<sup>141</sup> Conclusión 71 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resuelto por la sentencia objeto de comentario.

- «Por otro lado, debido a la naturaleza particular de las relaciones laborales inherentes al suministro de mano de obra, el ejercicio de dicha actividad afecta directamente tanto a las relaciones en el mercado laboral como a los intereses legítimos de los trabajadores de que se trate.»

El desplazamiento de los trabajadores por una empresa de «suministro de mano de obra» o de «trabajo temporal», y su posible vuelta al país de origen, precisa la sentencia objeto de comentario, no debe ser motivo:

- a) Para cuestionar la naturaleza de su relación con la empresa, haciendo dudar de si se trata de una prestación de servicios en el marco de un arrendamiento de obra o servicios de su empresario (contrata o subcontrata) o de un «suministro de mano de obra».
- b) Ni para «demonizar, valga la expresión, o para considerar que en tiempos de crisis económica y paro, es más gravoso o perjudicial para el mercado de trabajo del país a donde se desplazan los trabajadores, que este se lleve a efecto, en el marco de un contrato de puesta a disposición, por una «empresa de «suministro de trabajadores» o de «trabajo temporal, que si se lleva a cabo, en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios mercantil, por una empresa contratista o subcontratista.

Para despejar semejante duda precisa aquella resolución jurisdiccional lo siguiente:

- El hecho de que «el trabajador vuelva a su Estado miembro de origen al término de desplazamiento no excluye que dicho trabajador haya sido puesto a disposición en el Estado miembro de acogida. Si bien es cierto que el trabajador desplazado para efectuar unos trabajos en el marco de una prestación de servicios de su empresario en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 96/71/CE vuelve, en general, a su Estado de origen tras realizar dicha prestación, nada impide que un trabajador desplazado en el sentido de la letra c) de ese mismo apartado deje el Estado miembro de acogida y regrese también a su Estado miembro de origen tras haber realizado su trabajo en la empresa usuaria».
- Igualmente, «si bien la falta de correspondencia entre las tareas realizadas por el trabajador en el Estado miembro de acogida y la actividad principal de su empresario podría dar lugar a pensar que dicho trabajador fue puesto a disposición por este último, no cabe excluir, en particular, que el referido trabajador efectúe una prestación de servicios para su empresario que esté comprendida en un ámbito de actividad secundario o nuevo de este. A la inversa, el hecho de que las referidas tareas correspondan a la actividad principal del empresario del trabajador desplazado no excluye que este trabajador haya sido puesto a disposición, circunstancia que se puede producir concretamente en el caso de un desplazamiento dentro de un grupo, como se contempla en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 96/71/CE».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia advierte que en la medida en que el concepto de prestación de servicios, «abarca actividades de naturaleza muy divergente, no pueden extraerse en todos los casos las mismas conclusiones». Así, precisa la sentencia objeto de comentario, aun cuan-

do «es preciso reconocer que una empresa que proporciona mano de obra, si bien es prestataria de servicios en el sentido del Tratado, ejerce actividades que tienen precisamente por objeto que ciertos trabajadores accedan al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida»,<sup>142</sup> no por ello ha de concluirse en sentido desfavorable para la empresa de «suministro de mano de obra» respecto de la de una «contratista/subcontratista», por su hipotético mayor impacto en el mercado de trabajo del Estado en que se lleva a cabo la prestación.

Esto es, el Tribunal de Justicia, en la sentencia objeto de comentario y en su jurisprudencia anterior atinente a la materia tratada, únicamente efectúa «una distinción en función de que el desplazamiento de trabajadores sea accesorio a la prestación de los servicios o de que el propio objeto de la prestación de servicios sea que ciertos trabajadores accedan al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida».<sup>143</sup> De tal manera que «con carácter más general» el Tribunal de Justicia se limita a distinguir entre la cesión de trabajadores y otras prestaciones de servicios, sin llevar a cabo ninguna valoración, positiva o negativa, de la actividad de «suministro de mano de obra», en función de su impacto en la economía del Estado miembro de acogida.<sup>144</sup>

No obstante lo antes indicado, no es óbice para que se pueda y deba destacar «que el suministro de mano de obra constituye una prestación de servicios de naturaleza particular pues se caracteriza por su objeto, que consiste en que ciertos trabajadores accedan al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida. Desde este punto de vista, la cesión de trabajadores, si bien constituye una actividad económica comprendida esencialmente en el ámbito de aplicación de las normas del Tratado (TFUE) en materia de libre prestación de servicios, no puede quedar completamente aislada de la problemática vinculada a la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión».<sup>145</sup>

Finaliza la sentencia que se comenta su discurso a favor del derecho a la libre prestación de servicios, en la Unión Europea, de las empresas de «suministro de mano de obra» o de «trabajo temporal», en paridad y sin ninguna diferenciación respecto de las demás empresas prestadoras de servicios, bien que con algunas precisiones o matizaciones forzadas por el contenido y reparos efectuados por determinados antiguos Estados miembros en las Actas de adhesión de algunos de los nuevos Estados miembros, en los siguientes términos:

<sup>142</sup> Conclusión 40 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resuelto por la sentencia objeto de comentario.

<sup>143</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89, Rush Portuguesa, y conclusión 41 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resuelto por la sentencia objeto de comentario.

<sup>144</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89, Rush Portuguesa, y conclusión 42 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

<sup>145</sup> Conclusión 44 de las presentadas el 9 de septiembre de 2010, por el abogado General Sr. Yves Bot, en asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, Vicoplus SC PUH (asunto C-307/09), BAM Vermeer Contracting sp. zoo (asunto C-308/09), Olbek Industrial Services sp. zoo (asunto C-309/09), contra Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, resuelto por la sentencia objeto de comentario.

- Que «el desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71/CE constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria. Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y de que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria».
- Que el desplazamiento de trabajadores está amparado por la libre prestación de servicios, bien que admita la subsistencia de alguna restricción temporal a favor de determinados Estados miembros, que lo hubieran hecho constar expresamente.<sup>146</sup>
- Que «el artículo 1 de la Directiva 96/71/CE contempla dos supuestos que consisten en el suministro de mano de obra transnacional. Por un lado, el apartado 3, letra c), de dicho artículo se refiere al desplazamiento de un trabajador, por una empresa establecida en un Estado miembro –ya sea una empresa de trabajo interino o de suministro de mano de obra– a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de otro Estado miembro. Por otro lado, la letra b) del mismo apartado contempla el desplazamiento de un trabajador por cuenta ajena de una empresa que pertenezca a un grupo, al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al mismo grupo».

## V. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario sin duda es importante y merece favorable acogida. Marca un momento histórico, pudiéndose establecer a partir de ella un antes y un después, en relación con la «normalización» de la actividad de las empresas de «suministro de mano de obra» o «empresas de trabajo temporal», en relación con el desplazamiento de trabajadores en el seno de la Unión Europea, proscribiendo su «demonización» en tiempo de crisis económica y de paro masivo y poniendo de relieve la sustancial identidad entre la «externalización del empleo» (empresas de suministro de mano de obra/empresas de trabajo temporal) y la «externalización productiva» (contratas/subcontratas), así como el desfase del modelo de relaciones laborales vigente con carácter general en la Unión Europea, aún obediente a la ideología y criterios subyacentes a la primera etapa de la Revolución Industrial. En relación con nuestro ordenamiento jurídico laboral, evidencia la insoportable contradicción entre los artículos 42 y 43 del ET.

<sup>146</sup> Cuando advierte «que los artículos 56 y 57 del TFUE no se oponen a que, durante el periodo transitorio previsto en el capítulo 2, apartado 2, del anexo XII del Acta de Adhesión de 2003, un Estado miembro supedite a la obtención de un permiso de trabajo el desplazamiento, en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71/CE, de trabajadores nacionales polacos en su territorio».