

**Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el derecho de la Unión.**

**Pilar Rivas Vallejo**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

**Resumen:** *El concepto de empresa de trabajo temporal abarca a aquellas empresas que actúen como tales, aun cuando no cuenten con autorización administrativa para ello.*

**Palabras clave:** *Discriminación. Despido. Empresa de trabajo temporal. Maternidad.*

**Abstract:** *The concept of temporary employment agency includes those companies that act as such, even when they do not have administrative authorization to do so.*

**Keywords:** *Discrimination. Dismissal. Temporary employment agency. Maternity.*

---

## **I. Introducción**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la interpretación de los arts.3.1 y 5.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, así como de los arts. 2.2, y 15 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

El litigio de origen, planteado por Dña. L.M., contra Omnitel Comunicaciones, S. L., Microsoft Ibérica, S. R. L., el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Indi Marketers, S. L., y Leadmarket, S. L., analiza un despido (nulo por discriminación por maternidad) en el contexto de una relación de trabajo dentro de una subcontratación de servicios.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala séptima).

**Número de resolución judicial y fecha:** 24 de octubre de 2024.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** asunto C-441/23, LM contra Omnitel Comunicaciones, S. L., y otros, procedimiento prejudicial.

**ECLI:**EU:C:2024:916

**Fuente:** Curia

**Ponente:** Excmo. Sr. D. François Biltgen

---

### III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante planteó demanda por despido nulo tras no serle renovado su contrato temporal con la empresa Leadmarket y la «usuaria» Microsoft, a consecuencia de la terminación, sin prórroga, del contrato mercantil suscrito entre ambas empresas por razones presupuestarias (subcontratación de servicios). La Sra. L.M., embarazada en tal fecha y en situación de incapacidad temporal, iniciada ocho días antes del término del contrato, dando a luz unas semanas después y disfrutando desde entonces del permiso por nacimiento de hijos, que enlazó con un permiso por lactancia y más tarde con las vacaciones anuales, de suerte que recibió la notificación de la extinción de su relación laboral por causas objetivas (disminución de la demanda) en la fecha de la reincorporación.

El Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid dictó sentencia en fecha de 30/11/2021 (número de autos 693/2021), declarando nulo el despido, pero condenando únicamente a la empresa contratante (a la readmisión, salarios de tramitación y vacaciones no disfrutadas) y absolviendo a Microsoft, por no apreciar indicios de laboralidad entre esta y la trabajadora, rechazando la pretensión indemnizatoria, al descartar la existencia de discriminación por razón de maternidad, pues la extinción se amparaba en razones exclusivamente objetivas.

Tras interponerse recurso de suplicación por la trabajadora, el TSJ de Madrid (TSJM) plantea (mediante

auto de 7/6/2023, rec. núm. 1225/2022) al TJUE cuestión prejudicial sobre la aplicabilidad de la Directiva 2008/104, en tanto la empresa cedente no tiene reconocimiento legal como empresa de trabajo temporal (condición no exigida por la directiva), pero actúa como tal, al poner a disposición de otra empresa a una empleada. Asimismo, cuestiona si hubo puesta a disposición, al apreciar que el trabajo se realizaba bajo la dirección y control de la «usuaria», si bien también la empleadora gestionaba la relación de trabajo en términos de tiempo de trabajo e interrupciones de la prestación. Y, finalmente, plantea la duda sobre los términos de la readmisión, toda vez que el puesto de trabajo se ha extinguido, por lo que solo podría tener lugar respecto de Microsoft, por lo que las consecuencias del despido nulo también recaerían sobre dicha empresa «usuaria», según entiende, conforme al art. 5.1 de la Directiva 2008/104.

### IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

La demandante sostiene que, dado que su relación fácticamente corresponde con una puesta a disposición a la empresa Microsoft, esta debe responder solidariamente de las consecuencias de su despido por haberse llevado a efecto de forma conexas al disfrute del descanso por nacimiento de su hijo. Pretensión que reiteró en su recurso de suplicación.

Por su parte, Microsoft postula la inadmisibilidad de esta cuestión prejudicial, ya que tiene por objeto que el Tribunal de Justicia realice una apreciación de los hechos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente en relación con la eventual puesta a disposición de la recurrente. Debe tenerse en cuenta que la remisión al TJUE no contiene el relato de hechos probados que, salvo admisión de su revisión, condiciona su valoración jurídica.

### V. Normativa aplicable al caso

Arts. 3.1 b) y c) y 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Art. 15 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

## VI. Doctrina básica

### 1. Concepto europeo de empresa de trabajo temporal

El concepto europeo de empresa de trabajo temporal (ETT) se define en el art. 3.1.b) de la Directiva 2008/104, con referencia al derecho nacional en cuanto a las condiciones reguladoras de su actividad como intermediarios en la puesta a disposición de empresas usuarias de los servicios laborales contratados, conforme a la STJUE de 22/6/2023, ALB FILS Kliniken, C-427/21, y de la celebración de los contratos de trabajo. Sin embargo, la directiva citada no exige condición administrativa concreta (v.gr. una autorización administrativa) para poder actuar en calidad de ETT, sino, al contrario, «exigencias mínimas» (STJUE de 14/10/2020, KG, C-681/18), lo que abre un amplio margen de interpretación del propio concepto de ETT a efectos de la transposición de la norma, en tanto su objetivo no se centra en la armonización de la tipología de empresas y actividades, sino de la igualdad de los trabajadores (art. 2 y considerandos 12 y 23), teniendo en cuenta que la interpretación del derecho de la Unión requiere considerar su contexto y objetivos perseguidos por la norma en la que se integra la disposición interpretada (SJUE de 12/5/2022, Luso Temp, C-426/20, y las allí citadas). Objetivo que podría ser preterido si se condicionara a la posesión de una autorización (administrativa), exigida solo en algunos estados de la Unión, lo que significaría que el propio derecho nacional podría alterar la igualdad buscada por la directiva respecto de estos trabajadores y establecer diferencias nacionales de protección entre ellos, que permitieran a las empresas eludir la aplicación de la propia directiva. En consecuencia, el concepto de ETT, a los efectos del art. 3.1 b) de la Directiva 2008/104, tiene carácter material y no formal, de suerte que tal norma resulta aplicable a toda aquella relación de trabajo entablada con la finalidad de facilitar la puesta a disposición temporal a una tercera empresa bajo su dirección y control, por lo que los requisitos formales dispuestos en la legislación nacional no son relevantes a estos efectos.

Admitida esta interpretación, el concepto abarcaría a empresas que no actúan formalmente como ETTs, pero cuya actividad resulta equiparable a estas, en tanto que, manteniendo el vínculo laboral con los empleados cedidos, tienen por actividad celebrar contratos de empleo o establecer relaciones de empleo con trabajadores con vistas a destinarlos temporalmente a empresas usuarias bajo la dirección y control de estas. Tales circunstancias no son evaluables por el TJUE, sino exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales (STJUE de 9/3/2021, Radiotelevizija Slovenija, C-344/19), que deben valorar la aplicación del derecho a los hechos juzgados (SJUE de 18/6/2015, Martin Meat, C-586/13). Pero sí es competente, por el contrario, para determinar el alcance de los conceptos en juego, ETT, empresa usuaria, y cesión de trabajadores y los términos de esta o elementos que conforman la relación de trabajo (SJUE de 22/11/2017, Cussens y otros, C-251/16).

Pues bien, los elementos que permiten construir el concepto de ETT son: a) que la actividad de esta consista (exclusivamente o junto con otras actividades, pues el derecho de la Unión no exige un umbral determinado de trabajadores cedidos) en la puesta a disposición de trabajadores a otra empresa como prestación de servicios mercantiles; b) que los trabajadores cedidos (art. 3.1 c) deben ser definidos bajo un concepto común en la Unión (STJUE de 20/9/2007, Kiiski, C-116/06), según el cual es elemento esencial de la laboralidad la realización de un servicio para otra y bajo su dirección a cambio de una remuneración (STJUE de 11/4/2019, Bosworth y Hurley, C-603/17, y las allí citadas), y de la relación de trabajo de cesión temporal la existencia de una doble relación con ambas empresas implicadas, además de un contrato (mercantil) de puesta a disposición entre ellas (STJUE de 11/4/2013, Della Rocca, C-290/12), por el cual se transfiere a la usuaria el control y dirección del trabajo que desdobra la relación laboral de subordinación. Esto exige examinar (por el órgano judicial nacional) cuál es el grado de subordinación en cada caso a fin de valorar la naturaleza de la tal relación (STJUE de 20/11/2018, Sindicatul Familia Constanța y otros, C-147/17), es decir, si concurre el triple vínculo propio de una puesta a disposición identificable como puesta a disposición y como actividad propia de una

empresa de trabajo temporal, o si, por el contrario, se trata de prestaciones de servicios entre empresas sin transferencia de la supervisión y control a la usuaria (empresa principal), que no pueden calificarse de cesiones de trabajadores reguladas por la Directiva 2008/104, y que deberán calificarse a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso.

A tales efectos, el TJUE precisa que el poder de dirección y control de la usuaria ha de tener un contenido efectivo ex art. 3.1 d), esto es, consistir en la imposición de las prestaciones a realizar y las instrucciones para su ejecución, bajo su control y vigilancia (STJUE de 18/6/2015, *Martin Meat*, ya citada), elementos que deberán ser valorados por el órgano judicial nacional en el contexto del resto de indicios existentes a fin de determinar cuál de ellas ostenta esas facultades y, por ende, si concurre la relación descrita.

## *2. Principio de igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores de ETT*

Determinado el concepto de «trabajador cedido» y los términos en los que puede tener lugar dicha cesión, aun no mediando reconocimiento administrativo de la empresa cedente para actuar como ETT bajo el derecho nacional (pues dicha empresa será igualmente considerada como «empresa de trabajo temporal»), se concluye que el art. 5.1 de la Directiva 2008/104 exige igualdad de retribuciones con las percibidas por trabajadores de la empresa usuaria, considerando que dicho precepto establece que los trabajadores de ETT cedidos deben disfrutar de iguales condiciones (en las «condiciones esenciales de trabajo y empleo», ex art. 3.1 f, que, según declaró la STJUE de 22/2/2024, C-649/22, *Randstand empleo et al.*, abarcan, también, las mejoras voluntarias e indemnizaciones por accidente de trabajo, y, a tenor de la STJUE de 12/5/2022, C-426/2020, *Luso Temp*, a las indemnizaciones por despido) que las que les corresponderían si hubieran sido contratados directamente por la usuaria para el mismo puesto de trabajo, entendiéndose por tales las previstas en disposiciones normativas, convencionales y cualquier otra que resulte de aplicación en la empresa usuaria, en particular, las de naturaleza salarial.

Asimismo, el alcance de tal principio se proyecta sobre cuestiones reguladas por el art. 15 de la Directiva 2006/54 en cuanto respecta a las consecuencias de la nulidad de su despido al término del disfrute del «permiso de maternidad» sobre cada una de las empresas implicadas y su eventual responsabilidad solidaria, cuestión prejudicial que se subordina a la justificación de la relación de este precepto sobre el litigio analizado (Auto del TJUE de 9/1/2024, *Bravchev*, C-338/23) y a la aportación de los elementos de juicio necesarios, conforme dispone el art. 94 c) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, bajo la prioridad del principio de presunción de pertinencia. En este caso, no obstante, no resultan admisibles las preguntas cuarta y quinta, al no superar el test de pertinencia y permanecer en el terreno de la mera hipótesis, contraria a los requisitos del mencionado art. 94 (STJUE de 7/7/2022, *Coca-Cola European Partners Deutschland*, C-257/21 y C-258/21), pues no se acredita la existencia de una empresa de trabajo temporal en los términos expuestos, ni, por ello, de un contrato de puesta a disposición en la fecha del despido (extinguido el vínculo meses atrás) o de una relación de trabajo con la tercera empresa, ni se ha motivado la aplicación del art. 15 de la Directiva 2006/54 y del art. 5.1 de la Directiva 2008/104 al caso litigioso.

## **VII. Parte dispositiva**

El TJUE concluye que la Directiva 2008/104 es aplicable a relaciones de servicios de puesta a disposición entre empresas que actúan como ETT (tengan autorización administrativa o no conforme al derecho nacional) y las empresas que reciben los servicios de los trabajadores puestos a disposición (art. 3.1 b), por considerarse empresas de trabajo temporal a efectos de esta directiva (art. 3.1 b a d), cuando los trabajadores cedidos se encuentren bajo la dirección y control de la empresa usuaria, entendiéndose por tal la imposición de las prestaciones a realizar y el modo de ejecutarlas, bajo sus instrucciones y vigilancia y control; y, con ello, el principio de igualdad de condiciones de trabajo con los trabajadores de estas últimas mientras dure

la puesta a disposición, especialmente los de orden salarial (art. 5.1). Aplicados los conceptos descritos al caso enjuiciado, el tribunal concluye que no concurren los elementos necesarios para estimar ni que la empleadora pueda considerarse una ETT o que existiera cesión de la trabajadora en la fecha del despido, pues la relación se había extinguido meses atrás.

Se inadmiten las cuestiones cuarta y quinta, por falta de acreditación de relación concreta entre los hechos analizados y el derecho cuya interpretación se solicita, por lo que la cuestión deviene hipotética, conforme al art. 94 de su reglamento de procedimiento.

### **VIII. Pasajes decisivos**

«... la Directiva 2008/104 no supedita la condición de «empresa de trabajo temporal» al requisito de que la empresa deba poner a disposición de otra empresa a un determinado número o porcentaje de trabajadores» (apdo. 52).

«... la existencia de tal relación de subordinación y el grado de subordinación a la empresa usuaria, en el desempeño de sus funciones, por parte del trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal debe apreciarse, en cada caso concreto, en función del conjunto de elementos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes, apreciación que corresponderá efectuar al órgano jurisdiccional remitente...» (apdo. 58).

«...el artículo 3, apartado 1, letras b) a d), de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «trabajo a través de empresas de trabajo temporal», a efectos de esta disposición, la situación en la que una empresa cuya actividad es celebrar contratos de empleo o establecer relaciones de empleo con trabajadores, con el fin de ponerlos a disposición de una empresa usuaria por un período determinado, pone a un trabajador a disposición de una empresa usuaria, cuando dicho trabajador se encuentra bajo la dirección y el control de esta última empresa y cuando esta, por un lado, le impone las prestaciones que debe realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de sus instrucciones y normas internas, y, por otro, ejerce vigilancia y control sobre el modo en el que ese trabajador desempeña sus funciones» (apdo. 62).

### **IX. Comentario**

#### *1. Equiparación de la cesión de trabajadores por empresas no autorizadas con las autorizadas*

La relevancia de la resolución comentada estriba en la alteración del concepto hasta ahora aplicado en el derecho español al respecto de las cesiones de trabajadores cuando estas no fueran realizadas por empresas debidamente autorizadas como tales. Conforme a la sentencia analizada, que precisamente analiza un caso español en el que se aplica el Estatuto de los Trabajadores, y, con ello, su art. 43, si bien no es este el núcleo del debate judicial, podría parecer que se ponen en duda las consecuencias del art. 43 ET cuando se trate de cesiones de trabajadores si estas no estuvieran amparadas por la Ley 14/1994, conforme a la cual «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley» (art. 1).

Los efectos de la falta de autorización respecto de la relación de trabajo constituida se prevén en la Ley 14/1994 para ETTs establecidas en otros estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (constituye infracción muy grave, conforme a los art. 19 bis.2 a) y 19.ter.3 c) de la LISOS, formalizar contratos de puesta a disposición que no estén válidamente constituidas como empresa de trabajo temporal según la legislación del Estado de establecimiento o sin reunir los requisitos legales para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, tanto para empresas de trabajo temporal como para usuarias). El art. 43 ET resuelve tanto

la caracterización de la prohibición de cesiones de trabajadores como sus consecuencias (responsabilidad solidaria, art. 43.3), al disponer que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y que, en caso contrario, ambas empleadoras incurrirán en una cesión ilegal de trabajadores (art. 43.2: «se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores... [cuando] 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»), y reconocer el derecho a los trabajadores cedidos a optar entre cedente y cesionaria para hacer efectivo su derecho a adquirir la condición de fijos, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas y penales, conectadas con la remisión efectuada por el art. 10 de la directiva al derecho nacional para la regulación del régimen sancionador.

No existe, en realidad, discordancia real entre ambas soluciones legales, interna y del derecho de la UE, a partir de la interpretación del concepto de ETT sostenida por el TJUE en esta resolución, por otra parte, no muy diferente de lo que ya afirmara en su sentencia de 17/11/2006, C-216/2015, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*), pues se trata de una decisión de alcance restringido a la afirmación de la equiparación de los trabajadores cedidos con los de la empresa cedente. Como bien señala la sentencia analizada, la protección que se deriva de la Directiva 2008/104 alcanza a la tutela de los trabajadores cedidos en su esfera puramente contractual, es decir, se proyecta sobre las condiciones de trabajo mientras dure la cesión, para igualarlas con una hipotética contratación directa. La resolución comentada precisa que, a estos solos efectos, no resulta relevante que la empresa en cuestión cuente con autorización administrativa o cumpla con otras condiciones legales o reglamentarias dispuestas por el derecho nacional, sin perjuicio de las consecuencias que implique el incumplimiento de la legislación interna, siempre y cuando realice idéntica actividad a una ETT, y bajo las mismas condiciones, es decir, cediendo trabajadores cuya prestación de servicios se subordina en su ejecución a la vigilancia y control de la empresa usuaria reteniendo para sí el vínculo laboral de subordinación y régimen propio de una relación laboral. Debe recordarse que, conforme mantuvo el propio TJUE en su sentencia de 22/6/2023, C- 427/2021, *Alb Fils Kliniken*, la directiva, por el contrario, no será aplicable a aquellos casos en los que se produzca una prestación de servicios entre empresas, aunque esta tenga carácter permanente y se ejecute bajo la dirección de la empresa tercera, por no tener esta carácter temporal, como aclara la STJUE de 7/3/2022, C-232/2020, pero, por el contrario, sí lo será en aquellos casos en los que no sea posible legalmente la equiparación de puestos de trabajo por su distinta naturaleza, v.gr. pública/privada (STJUE de 11/11/2021, C-948/2019, *Manpower Lit.*).

Y, sin perjuicio de otros derechos reconocidos, como es el caso del art. 43 ET y la Ley 14/1994, la sentencia del TJUE analizada despeja toda duda respecto de las condiciones de trabajo reconocidas a trabajadores cedidos a otras empresas, especialmente salariales, ex art. 5.1 de la directiva, sea cual sea el marco jurídico utilizado para disponer tal cesión temporal en idénticas circunstancias a las que se predicen de una ETT. Como literalmente se afirma, el incumplimiento de requisitos legales para formalizar una relación (legal) de cesión de trabajadores no puede interponerse para privar a estos de sus derechos en igualdad de condiciones con los trabajadores de la empresa usuaria, sin perjuicio de las consecuencias legales de orden interno que se anuden a tal incumplimiento, como es el caso de las reguladas en el art. 43.3 (y 4) ET, o las de orden administrativo reguladas en el art. 8.2 de la LISOS, o, eventualmente, penales, según el art. 312 Cp., si se dan las circunstancias previstas en tales preceptos, amén de las soluciones que brinda el derecho de la Unión, como la prohibición de prolongar abusivamente la cesión meramente temporal (STJUE de 7/3/2022, C-232/2020, *Daimler*).

En consecuencia, para exigir igualdad de trato con los trabajadores objeto de contratación directa basta con que fácticamente concurren las condiciones en idénticos términos a la nacida de un contrato de puesta a disposición, esto es, que dé lugar a una subordinación fáctica a la usuaria de los trabajadores cedidos, que

comporte la dirección, vigilancia y control del trabajo. La duración y términos concretos de la cesión resulta irrelevante a estos efectos, aun cuando supere lo previsto en el art. 6.2 de la Ley 14/1994 es decir, se trate de supuestos no autorizados, pese a que se han generado al amparo de una situación administrativa regular en lo que atañe a la propia actividad de la ETT.

En cumplimiento del art. 5.1 de la directiva mencionada, el art. 11.1 de la Ley 14/1994 ya preveía la equiparación de los trabajadores cedidos con los directamente contratados por la usuaria para ocupar el mismo puesto mientras dure la cesión, por lo que la resolución comentada no aporta ninguna novedad en este ámbito, lo que reduce su impacto sobre el derecho nacional a la concreción del propio concepto de ETT y de trabajadores cedidos a los efectos de tal protección. Si bien no es menos cierto que tales consecuencias ya podían asimismo inferirse del art. 43.4 ET una vez ejercido el derecho de opción por la empresa usuaria, por consiguiente, con efectos de futuro o ex nunc, puesto que los efectos ex tunc ya se disponen en el art. 11.1 de la Ley 14/1994, al no restringir su ámbito de acción únicamente a las relaciones autorizadas legalmente o amparadas por la propia ley.

En el caso analizado, no habiéndose acreditado que la empleadora fuera una empresa de trabajo temporal, sino una subcontratación de servicios, el TJUE declara la impertinencia de la cuestión relativa a la responsabilidad solidaria de la hipotética usuaria, pese a que el TSJ formule la cuestión prejudicial bajo tales premisas, esto es, partiendo de un presupuesto fáctico que avala la existencia de una puesta a disposición y que, por el contrario, el primero sostiene no concurrir, puesto que no existía relación alguna en la fecha de la decisión extintiva ni en los meses precedentes que permita extender la responsabilidad a Microsoft por el despido.

## *2. Tutela antidiscriminatoria*

La sentencia objeto de comentario prescinde, por las razones procesales expuestas, del análisis de la cuarta y quinta preguntas formuladas por el TSJ de Madrid, pues no se aprecia conexión alguna entre los posibles efectos de la apreciación de una posible puesta a disposición y el art. 5.1 de la directiva, relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato, a la determinación de la responsabilidad por la nulidad del despido.

Sin embargo, sí resulta de interés profundizar, aunque sea someramente, en la cuestión apuntada. El tribunal de origen plantea si la eventual nulidad del despido como consecuencia de la prohibición prevista en el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en relación con el derecho a la reincorporación al término de tales permisos regulada en el art. 15 de la Directiva 2006/54, alcanzaría a ambas empresas. No cabe duda de que, al amparo del art. 43 ET, el derecho a la reincorporación obligaría a las dos responsables solidarias y que, por tanto, la duda no precisa de respuesta europea, especialmente porque el propio art. 5.1 a) de la Directiva 2008/104 predica el principio de igualdad de trato con respecto a los trabajadores de la empresa usuaria de «la protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia», a lo que el apartado b) del mismo precepto añade «la igualdad de trato entre hombres y mujeres y... las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo...». Ello ampara la extensión de la protección restringida de la Directiva 92/85 a todas las situaciones que pudieran entenderse comprendidas en el concepto de discriminación por razón de sexo, como es la maternidad, más allá del marco del embarazo y la lactancia del art. 5.1 a) y del disfrute del permiso por maternidad, en el contexto de la Directiva 92/85.

Si bien el caso enjuiciado se ciñe a tales parámetros (pues la terminación del contrato se produjo en el contexto amparado por el art. 10 de la Directiva 92/85), conviene considerar que la tutela quedaría extendida, por mor del apartado b) del art 5.1 de la Directiva 2008/104, a todas aquellas circunstancias en las que se pudiera apreciar el necesario elemento de conexión con el sexo. Por consiguiente, el precepto

implicaría que las trabajadoras puestas a disposición (aun sin mediar autorización para actuar como ETT) habrían de beneficiarse, en aquello que les fuera de aplicación hipotética, del contenido del plan de igualdad de la empresa usuaria (recuérdese que serían computables en la plantilla de esta a efectos de determinar su obligación de negociar un plan de igualdad, ex art. 3.1 RD 901/2020, de 13 de octubre) mientras durara tal puesta a disposición, pues, como reseña el último párrafo del precepto mencionado, quedan incluidos los convenios colectivos (ergo también los planes de igualdad, así como los pactos extraestatutarios y de empresa, como declaró la STS núm. 930/2020, de 20/10, rcud. núm. 110/2019) en el marco jurídico que discipline esa relación, con las salvedades y concreciones que regule el propio plan o el convenio colectivo (claro está, siempre que estas respeten el principio de igualdad y no discriminación, y a excepción de lo declarado por la STJUE de 15/12/2022, C-311/2021, TimePartner Personalmanagement, que admite el establecimiento convencional de diferencias siempre que se respeten las condiciones globales por aplicación del art. 5.3). De forma que la tutela brindada por la legislación laboral (la del país de destino en desplazamientos transnacionales, conforme a la Directiva 96/71, modificada por la 2018/957, especialmente, el art. 3.1 g) -vid. STJUE de 3/6/2021, C-784/2019, Team Power Europe-), a la que se une el convenio colectivo y el plan de igualdad, se desplegaría por igual en las situaciones que pudieran identificarse como «puesta a disposición» y, por ende, supondría la igualación de las trabajadoras cedidas con las directamente contratadas por la usuaria, sea la cesión legal (con o sin autorización) o ilegal.

De ser obligatoria la negociación de un plan de igualdad en la empresa usuaria, debe recordarse que la propia situación de los trabajadores cedidos ha de ser objeto de evaluación en el diagnóstico previo de situación, ex art. 7.2 del RD 901/2020, y que las diferencias retributivas también habrían de quedar reflejadas con el objeto de corregirlas ex art. 10.2, por lo que las medidas correctoras que del plan se derivasen habrían de tender a igualar a hombres y mujeres, y, dentro de ello, también a las trabajadoras cedidas por la empresa de trabajo temporal o aquella que actuase como tal.

En todo caso, la pregunta formulada por el órgano judicial remitente parece tener una respuesta clara: tanto el art. 10 de la Directiva 92/85 como el 15 de la Directiva 2006/54 son de aplicación a ambas empresas implicadas en la cesión de la trabajadora embarazada o que deba disfrutar o haya disfrutado del permiso por nacimiento de su hijo, del mismo modo que lo sería el art. 14 de la misma directiva, y, conforme al art. 5.1 de la Directiva 2008/104, frente a ambas empresas. Pero, la responsabilidad por las consecuencias de la infracción de la prohibición del despido solo corresponde al derecho nacional, toda vez que la directiva no contiene referencia alguna a esta cuestión, lo que priva de pertinencia a la pregunta del órgano remitente.

## **X. Apunte final**

En conclusión, si bien los términos de la sentencia apuntan a la efectividad de la igualdad de trato de los trabajadores puestos a disposición con los directamente contratados por la usuaria, y a que una relación aparentemente de subcontratación de obras y servicios podría considerarse equiparable a la establecida con una ETT, no efectúa ulteriores consideraciones respecto a la distribución de responsabilidades laborales entre ambas empresas. Tendrá que ser el derecho nacional el que introduzca las matizaciones necesarias para ahondar en la línea divisoria entre prestaciones empresariales de servicios y cesión de trabajadores.

Por último, el TJUE efectúa, una vez más, una llamada a los órganos judiciales nacionales para ponderar forma y contenido en la formulación de cuestiones prejudiciales, para obtener solución a las dudas suscitadas por la aplicación del derecho de la Unión.