LA NO EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE ETT Y OTRAS CUESTIONES MENORES (COMENTARIO A LA STJUE DE 24 OCTUBRE 2024, ASUNTO C-441/23)

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Miguel Hernández (Elche)

Breve itinerario jurídico

El historial de las empresas de trabajo temporal (ETT) en España ha sufrido una evolución expansiva, desde su prohibición y consideración como tráfico ilegal de mano de obra, en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, pasando por su incorporación como instrumento ordenado de intermediación por Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regula las ETT, acogiendo así una normativa que facilita la canalización de un importante volumen de empleo, en especial, en el sector de servicios. Se trata de un proceso que vino propiciado por los países centrales de la UE, que al igual que España ratificaron el Convenio 96 OIT, sobre las agencias retribuidas de colocación de 1949.
El contenido esencial de atribuciones otorgado a las ETT, se manifiesta con claridad, en la actividad fundamental de poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, que solo podrá efectuarse a través de ETT *debidamente autorizadas* en los términos del art. 1 Ley 14/1994.

Este comentario, trata sobre si la configuración de los conceptos de ETT y empresa usuaria en la legislación nacional se pone en entredicho a la vista de la normativa de la UE, concretada en la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Los diversos interrogantes que se plantean tienen su origen en la importante y reciente STJUE 24-10-2024, que resuelve sobre la conformidad o no con la Directiva 2008/104 de una serie de cuestiones prejudiciales que le planteó el TSJ de Madrid, y que son las siguientes:

¿Es exigible la autorización administrativa para constituir legalmente una ETT?

La primera cuestión, y quizá la más relevante y novedosa, trae a colación, precisamente, si la Directiva 2008/104, se puede aplicar a una empresa que sin estar reconocida por la legislación interna española como ETT puede poner a un

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

trabajador a disposición de otra empresa, teniendo en cuenta, que según el art. 1 Ley 14/1994, exige para ello, que la ETT sea titular de una autorización administrativa previa para ejercer la actividad, y que sin embargo no parece prever la Directiva. Concretamente, se plantea si la Directiva 2008/104, es aplicable a una empresa que ponga una trabajadora a disposición de otra empresa, aunque la primera empresa no sea reconocida por la legislación interna como ETT por no disponer de una autorización administrativa como tal.

Para responder a esta cuestión bastaría con leer el art. 3.1.b) Directiva 2008/104, según la cual es ETT «toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas». A primera vista, cualquiera podría entender, que si pueden celebrarse contratos laborales con arreglo al Derecho nacional, parecería que esto incluiría la exigencia de la autorización administrativa para poder constituirse ETT. Sin embargo, el TJUE lo interpreta de otra forma, al entender, que la exigencia de conformidad con el Derecho nacional se refiere al procedimiento de celebración de los contratos de trabajo o al modo en que se establecen las relaciones laborales, y que, según la definición de ETT del art. 3.1.b) Directiva 2008/104, no se aprecia ningún elemento en el que exija disponer de una autorización administrativa previa para ejercer la actividad en el Estado miembro en el que ejerce sus actividades. Algo sorprendente, pues parece algo forzado a la vista de la evolución sufrida por nuestra legislación que prohibía esta figura hasta 1994, en que se permitió, con la condición de que se autorizara administrativamente. Esta condición que se impuso hace treinta años, no es más que una manifestación de la desconfianza del legislador hacia la autonomía empresarial justificada por el riesgo de que se produjera una cesión ilegal de trabajadores entre empresas. Considero que el argumento de mayor peso del TJUE, para entender que no se exija la autorización administrativa para la constitución de una ETT, radica en que si se interpretara la Directiva 2008/104, en el sentido de que únicamente comprendiera a aquellas empresas que con arreglo a su Derecho nacional dispongan de una autorización administrativa previa para ejercer la actividad, eso implicaría que la protección de los trabajadores diferiría entre los Estados miembros, en función de si los Derechos nacionales exigen o no tal autorización, pero también se produciría esa diferencia dentro del mismo Estado, según posea o no tal autorización. Además, puede contravenir los objetivos de la Directiva de proteger a los trabajadores cedidos por ETT y menoscabaría el efecto útil de la misma al restringir de manera excesiva e injustificada el ámbito de su aplicación, porque no permitiría a los trabajadores disfrutar de la protección que persigue la Directiva cuando la ETT no hubiera sido autorizada.

En suma, señala la STJUE, que el art. 3.1.b) Directiva 2008/104 «se aplica a toda persona física o jurídica que celebre un contrato de empleo o que establezca una relación de empleo con un trabajador, con vistas a destinarlo a una empresa usuaria para que trabaje en ella temporalmente bajo la dirección y el control de esta, y que ponga a ese trabajador a disposición de dicha empresa, aun cuando esa persona no

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

esté reconocida por la legislación interna como empresa de trabajo temporal por no disponer de una autorización administrativa como tal».

¿Puede la ETT con una trabajadora cedida a una empresa usuaria mantener el control y la dirección de la actividad?

Por otro lado, si bien, como es sabido, corresponde a la empresa usuaria la dirección y el control de la actividad de la trabajadora, en el caso en cuestión, le había proporcionado el ordenador desde el que prestaba asistencia a distancia a los clientes de productos de esta empresa desde su domicilio, sin embargo, se informaba mensualmente al administrador de la ETT de la actividad de la trabajadora, que este aprobaba sus vacaciones y permisos y fijaba sus horarios, por lo que se suscitaba la duda de si, en realidad era la ETT la que mantenía la dirección y control de la actividad laboral de la trabajadora en lugar de la empresa usuaria.

En este caso, el TJUE, se muestra cauto, pues, devuelve la cuestión al órgano jurisdiccional remitente, al que anima a determinar si cabe considerar, según la Directiva, que la trabajadora es cedida por una ETT, que ejerce sus funciones bajo el control de una empresa usuaria. Si bien, aprovecha para dar una lección teórica, siempre interesante, sobre las diversas relaciones existentes en las ETT y empresas usuarias, reconociendo que la puesta a disposición de trabajadores cedidos temporalmente constituye una figura compleja y específica del Derecho laboral, que se concreta en que la ETT mantiene una relación laboral con el trabajador, pero transfiere a la empresa usuaria el control y la dirección, creando así una nueva relación de subordinación entre el trabajador cedido y la empresa usuaria, y que esa apreciación, basada, en el conjunto de elementos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes, corresponde realizarse por el órgano jurisdiccional remitente. Sin embargo, de forma velada deja entrever algunas pistas: como que el informe mensual de actividad del trabajador que reciba la ETT de la empresa usuaria es una circunstancia que puede tomarse en consideración, en función del objeto específico de ese informe; en cambio, respecto a que la ETT apruebe las vacaciones y los permisos del trabajador y fije sus horarios, señala el Tribunal, que en principio, no es anormal que la ETT que sigue siendo empleador del trabajador, proceda formalmente a esa aprobación y a esa fijación, sin que ello ponga en entredicho la realidad de la dirección y el control del trabajador asumidos por la empresa usuaria, que se traduce en que «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».

El salario de la trabajadora ¿debe ser al menos el mismo que si hubiera sido contratada directamente por la empresa usuaria?

Según el art. 5.1 Directiva 2008/104, «las *condiciones esenciales* de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto»; y el art. 3.1.f), i) de la citada Directiva, define como condiciones esenciales de trabajo y empleo «la remuneración», en consecuencia, poco más añade la STJUE.

CITA: FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER, "La no exigencia de autorización administrativa en la constitución de ETT y otras cuestiones menores (Comentario a la STJUE de 24 octubre de 2024, asunto C-441/23)", Briefs AEDTSS, número 92, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).