

Versión anonimizada

C-441/23 - 1

Asunto C-441/23

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

12 de julio de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España)

Fecha de la resolución de remisión:

7 de junio de 2023

Parte recurrente:

LM

Partes recurridas:

Omnitel Comunicaciones, S. L.

Microsoft Ibérica, S. R. L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S. L.

Leadmarket, S. L.

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1263589</u>
Luxemburgo, el <u>17. 07. 2023</u>
Fax/E-mail:
Presentado el: <u>12.07.23</u>

El Secretario,
por orden

Leticia Carrasco Marco
Administradora

Tribunal Superior de Justicia de Madrid — [omissis]

[omissis] [omissis]
[omissis] [omissis]
[omissis] [omissis]

[omissis]

[Identificación del Tribunal,

procedimiento, partes y magistrados]

En Madrid, a **07/06/2023**, habiendo visto las presentes actuaciones esta Sección de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, [omissis]

[omissis]

[Fórmulas procesales de introducción]

ha dictado el siguiente

AUTO

En el [omissis] Recurso de Suplicación [omissis] [numero interno] seguido a instancia de la Sra. LM contra **MICROSOFT IBERICA SRL, FOGASA, OMNITEL COMUNICACIONES, S. L., INDI MARKETERS S. L. y LEADMARKET S. L.**, en materia de Despido [omissis] [composición del Tribunal]

ANTECEDENTES

PRIMERO.— La Sra. LM presentó el 14 de junio de 2021 demanda contra Microsoft Ibérica S. L. y Leadmarket S. L. solicitando la declaración de nulidad o subsidiariamente de improcedencia de su despido. [omissis]

[omissis] [Repetición de la información contenida en el epígrafe HECHOS DEL PROCEDIMIENTO, párrafos primero a sexto. Dicho epígrafe contiene una exposición detallada de los hechos]

SEGUNDO.— La demanda fue turnada al Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, [omissis] siendo resuelta por sentencia de 30 de noviembre de 2021. [omissis]. [Repetición de la información contenida en el epígrafe HECHOS DEL PROCEDIMIENTO que figura más adelante, párrafos séptimo y octavo]

TERCERO.— La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala [omissis] [se reproduce en términos prácticamente idénticos en el epígrafe HECHOS DEL PROCEDIMIENTO, párrafo noveno]

CUARTO.— Para resolver el recurso es preciso interpretar y aplicar:

- a) 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;
- b) 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y 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.

De conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden pedir, mediante cuestión prejudicial, al Tribunal que se pronuncie en tal sentido, si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

[*omissis*] [cuestiones procesales internas]

QUINTO.– El 12 de abril de 2023 esta Sala dictó auto suspendiendo la tramitación del recurso de suplicación [*omissis*] para elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, el cual fue notificado a las partes. Contra el indicado auto ha interpuesto recurso de reposición Microsoft Ibérica [S. L.] [*omissis*]: [Exposición por parte del Tribunal remitente de las objeciones formuladas por Microsoft al planteamiento de la remisión prejudicial. Esta última había solicitado que se corrigiera y se precisara la exposición de los hechos que se pretendía remitir al Tribunal de Justicia. El Tribunal remitente resuelve definitivamente y recoge los cambios procedentes en la petición de decisión prejudicial tal y como se formula a continuación]

PETICIÓN DE CUESTIÓN PREJUDICIAL QUE ELEVA LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, [*omissis*] ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

I. HECHOS DEL PROCEDIMIENTO.

La Sra. LM realizó prácticas profesionales en Microsoft Ibérica desde septiembre de 2010 a junio de 2011. Posteriormente fue contratada sucesivamente por tres empresas, Omnitel Comunicaciones S. L. (entre el 24 de agosto de 2011 y el 24 de enero de 2012, así como entre el 21 de julio de 2014 y el 23 de diciembre de 2014), Indi Marketers S. L. (entre el 4 de marzo de 2015 y el 31 de mayo de 2017) y Leadmarket S. L. (desde el 1 de agosto de 2017 hasta su despido en abril de 2021). Estas empresas tenían contratados distintos servicios con Microsoft Ibérica S. L. y la Sra. LM trabajó adscrita a la realización de la prestación contratada entre esas empresas y Microsoft Ibérica S. L.

Con Omnitel Comunicaciones S. L. celebró tres contratos consecutivos de interinidad durante los cuales desempeñó las funciones de Customer Partner Experience de Microsoft.

Con Indi Marketers S. L. la trabajadora realizó funciones de marketing para las campañas de «Datamining Breath Microsoft» y «Telemarketing Azure partner

Microsoft». Durante dicho contrato desempeñó funciones de mantenimiento y limpieza de bases de datos, trabajando en remoto y en el horario elegido por ella, acudiendo a las oficinas de Microsoft una vez por semana.

Durante el tiempo en que estuvo contratada por Leadmarket S. L. la demandante trabajó como consultor/comercial titulado superior para el departamento de Original Equipment Manufacturer (OEM) de Microsoft, desempeñando labores de marketing para dar soporte a cuentas-partners de Microsoft. No había trabajadores de Microsoft desarrollando esas mismas funciones, que se realizaban exclusivamente a través de contratistas externas. La prestación de servicios contratada tenía las siguientes características:

- a) La trabajadora estaba contratada laboralmente por Leadmarket S. L., que a su vez tenía una contrata con Microsoft Ibérica S. L. para prestar el servicio de atención a distancia o en remoto a clientes OEM, servicio que era desempeñado por la trabajadora;
- b) La trabajadora prestaba servicios a distancia desde su domicilio, si bien acudía a las dependencias de Microsoft Ibérica S. L. una vez por semana, a cuyos efectos tenía una tarjeta de acceso de personal externo proporcionada por Microsoft Ibérica S. L.;
- c) Para la prestación de servicios utilizaba un ordenador facilitado por Microsoft Ibérica S. L. que esta empresa le entregó para su uso por razones de seguridad informática, si bien al principio utilizaba otro ordenador que no era de Microsoft;
- d) El servicio consistía en atención a distancia o en remoto a clientes de productos OEM de Microsoft, contactaba directamente con los clientes y disponía de una cuenta de correo electrónico de microsoft.com, sin que ningún otro trabajador de Microsoft Ibérica S. L. realizase también ese servicio;
- e) En todo lo relativo a la ejecución del servicio contactaba frecuentemente con los responsables del correspondiente departamento de Microsoft [omissis];
- f) Además informaba mensualmente al administrador de Leadmarket, [omissis] que era quien organizaba sus vacaciones, permisos, jornada y horario y lo comunicaba a Microsoft Ibérica S. L. Esta persona de Leadmarket fue también la que le proporcionó formación.

La trabajadora se quedó embarazada en el año 2020. Cuando estaba en el séptimo mes de ese embarazo Microsoft comunicó a Leadmarket que el contrato finalizaría el 30 de septiembre de 2020 y no se prorrogaría por razones presupuestarias. El 22 de septiembre de 2020 la trabajadora inició una situación de incapacidad temporal y el 8 de diciembre de 2020 nació su hija, iniciando descanso por nacimiento y cuidado de menor, unido posteriormente a permiso por lactancia y disfrute de las vacaciones anuales, todo ello hasta el 29 de marzo de 2021. Cuando debía

reincorporarse a su trabajo, el mismo día 29 de abril de 2021, recibió una carta del administrador de Leadmarket S. L. en la que le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo con efectos del 27 de abril de 2021, alegando causas objetivas, aduciendo en concreto como causa de la extinción una disminución de la demanda por la «caída» de proyectos que estaban previstos, no teniendo la empresa ningún servicio donde poder ubicarla.

La trabajadora pide en su demanda que se declare la nulidad de su despido (o subsidiariamente la improcedencia), condenando solidariamente a Leadmarket S. L. y Microsoft Ibérica S. L. a las consecuencias de esa declaración. También pide una indemnización de 110 000 euros por vulneración de sus derechos fundamentales (discriminación por razón de sexo). Igualmente reclama la liquidación de salario pendiente de pago por valor de 1 100 euros.

La sentencia del Juzgado de lo Social número 39 de Madrid de 30 de noviembre de 2021 considera que no estamos ante una puesta de disposición de trabajadores por cuanto era Leadmarket la que organizaba la jornada y horario de la demandante, le abonaba las nóminas, le proporcionó formación, autorizaba permisos o vacaciones, y gestionó sus bajas por maternidad. También considera que la causa por la que Microsoft Ibérica puso fin a la contrata con Leadmarket fue la falta de presupuesto y no el embarazo y posterior maternidad de la trabajadora. Por todo ello absuelve a Microsoft Ibérica S. L. en lo relativo al despido y la vulneración de derechos fundamentales y expresamente desestima la pretensión de que el salario de la trabajadora hubiera de ser el que habría tenido de ser contratada directamente por Microsoft Ibérica S. L.

En cuanto a Leadmarket S. L., la sentencia considera que las causas de la extinción objetiva explicad[a]s en la carta de despido eran «genéricas, vagas e insuficientes» y que por tanto el despido es ilegal, debiendo declararse nulo por disponerlo así la Ley española al haberse producido ese despido en el período posterior a la baja por nacimiento y cuidado de menor. Al haber apreciado que la causa real de la extinción de la contrata es ajena a una discriminación por la maternidad desestima la pretensión indemnizatoria. Finalmente condena a Leadmarket S. L. a abonar a la trabajadora salarios pendientes de pago por la parte proporcional del último mes de trabajo y vacaciones devengadas y no disfrutadas.

La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida por la Sra. LM alegando que la situación de la trabajadora en Leadmarket S. L. era una puesta a disposición de sus servicios laborales a Microsoft Ibérica S. L. y por tanto esta empresa debe ser condenada solidariamente a las consecuencias del despido, incluida la readmisión en su puesto de trabajo. También sostiene que el salario debe ser el mismo que percibiría en el caso de haber sido contratada directamente por Microsoft Ibérica S. L. También alega que la aplicación de las normas legales sobre nulidad del despido en caso de trabajadoras embarazadas o de personas trabajadoras que se hayan reincorporado tras un permiso de maternidad debe conducir al reconocimiento de una indemnización por vulneración de derechos

fundamentales, a la que deberían haber sido condenadas solidariamente Microsoft Ibérica S. L. y Leadmarket S. L.

II. MARCO JURÍDICO.

A) NORMATIVA ESPAÑOLA.

SOBRE EL CONCEPTO DE CESIÓN O PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES, DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y DE EMPRESA USUARIA.

El artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que «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 que legalmente se establezcan».

El artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores dice que existe cesión de trabajadores, entre otros casos, 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.

El artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, dice que «se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados» y que «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».

El artículo 2 de la Ley 14/1994 dice que «las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal deberán obtener autorización administrativa previa».

El artículo 2.2.a de la Ley 14/1994 dice que la empresa de trabajo temporal, para obtener la autorización, debe «disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador».

El artículo 15 de la Ley 14/1994 dice que en el caso de los trabajadores puestos a disposición de una 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».

El artículo 12 de la Ley 14/1994 dice que «corresponde a la empresa de trabajo temporal el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria». También dice que la empresa de trabajo temporal «deberá

asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar» y que «en caso contrario, deberá facilitar dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario».

El artículo 28 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dice que «la empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud».

Por tanto, de acuerdo con la legislación española:

- a) La cesión o puesta a disposición de trabajadores es un negocio jurídico que con carácter general solamente se considera legal cuando la lleva a cabo una empresa de trabajo temporal;
- b) Las empresas de trabajo temporal aparecen identificadas como tales porque deben contar con una autorización administrativa previa para ejercer su actividad;
- c) El contrato de cesión o puesta a disposición de trabajadores se caracteriza porque la empresa de trabajo temporal contrata al trabajador, abona su salario y le da de alta en la Seguridad Social, pero el trabajador se encuentra bajo la dirección y control de la empresa usuaria;
- d) La empresa de trabajo temporal asume también la formación del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales y la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que por tal razón deje de ser una cesión o puesta a disposición;
- e) Por todo ello la empresa de trabajo temporal no es una empresa ficticia o inexistente, sino que debe tener una estructura organizativa que le permita cumplir con sus obligaciones.

La existencia de una puesta a disposición de trabajadores no realizada por una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada supone, además de posibles sanciones administrativas o incluso penales:

- a) Que ambas empresas, cedente y cesionaria, responden solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores).
- b) El trabajador cedido se considera fijo y puede optar entre continuar como trabajador de la empresa cedente o ser considerado trabajador de la empresa cesionaria, en la que sus derechos y obligaciones serán los que correspondan a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de

trabajo, si bien la antigüedad se computa desde el inicio de la cesión ilegal (artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores).

SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA Y EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO

El trabajo a distancia estaba regulado, cuando se producen los hechos del caso, por el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, estando definido como «aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa».

Esta regulación fue posteriormente sustituida por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que después fue sustituido a su vez por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que es la actualmente vigente. Aunque se trata de normas posteriores a los hechos, es ilustrativo señalar que el artículo 11 de ambas normas dice que «las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad». Después el artículo 12 prohíbe que el trabajo a distancia implique la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. Por tanto la dotación de medios técnicos para el trabajo a distancia debe ser llevada a cabo por quien tenga la consideración de empresario.

SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO COMO NULO EN EL CASO DE DISFRUTE DE LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

Los artículos 53 y 55 del Estatuto de los Trabajadores disponen que el despido (objetivo o disciplinario) tiene que ser calificado como nulo, entre otros supuestos, en el caso de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo y también el de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar el período de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento. No obstante no debe declararse el despido nulo si el mismo se considera procedente por concurrir las causas que legalmente lo justifican, de manera que «se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados». [omissis] [referencia a otra disposición nacional que dispone lo mismo]

El Tribunal Constitucional español ha declarado que la nulidad del despido prevista en esas normas es una garantía objetiva, establecida por el legislador para la protección de los derechos fundamentales y que debe operar incluso cuando la empresa no conociese, en el momento de despedir, que la trabajadora estuviera embarazada, sin que pueda exigirse de la trabajadora que acredite el conocimiento

por la empresa de su situación (sentencias del Tribunal Constitucional 92/2008 y 124/2009). [omissis] [repetición de lo que se acaba de exponer]. También añade que «la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 de la Constitución».

Por otra parte el despido debe ser declarado igualmente nulo si se considera que tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se ha producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Para valorar si el móvil del despido ha sido la discriminación o la vulneración de derechos fundamentales, el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que si concurren indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponde a la empresa demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

La calificación del despido como nulo conlleva que se condene a la empresa «a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir» (artículos 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y 113 de la Ley de la Jurisdicción Social), sin que el empresario pueda optar por indemnizar a la persona trabajadora en sustitución de la readmisión en su puesto de trabajo.

B) NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA.

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, dice en su artículo 1.1 que «se aplicará a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección»

El artículo 3.1 de la Directiva dice que «a efectos de lo dispuesto en la presente Directiva, se entenderá por:

- a) “trabajador”: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo;
- b) “empresa de trabajo temporal”: 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;
- c) “trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal”: todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con

una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección [de] esta;

- d) “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;
- e) “misión”: el período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria;
- f) “condiciones esenciales de trabajo y empleo”: las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: i) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos, ii) la remuneración.[»]

El artículo 5.1 de la Directiva dice que «las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto». Después añade que «a efectos de la aplicación del párrafo primero, las normas vigentes en la empresa usuaria relativas: a) a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, deberán respetarse, tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general».

El artículo 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) dice:

«Prohibición de despido. Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

- 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o

prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1».

El artículo 2 de la Directiva

dice: «Artículo 2

Definiciones. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales».

El artículo 2.2 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, que dice que «a efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: [...] c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE».

El artículo 14.1 de la señalada Directiva 2006/54/CE, que prohíbe la discriminación entre hombres y mujeres y dice que «no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido[...]».

Y el artículo 15 de la misma Directiva 2006/54/CE dice:

«Reintegración tras un permiso de maternidad. La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones

que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Estas normas han de interpretarse en el contexto de:

- a) El artículo 21 de la Carta de [los] Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo.
- b) El artículo 23 de la Carta de [los] Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula la igualdad entre hombres y mujeres de la siguiente manera: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».
- c) El artículo 30 de la Carta de [los] Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula la protección en caso de despido injustificado de la siguiente manera: «Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales».

III. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN QUE SE SUSCITAN PARA RESOLVER EL PRESENTE RECURSO DE SUPLICACIÓN Y JUSTIFICAN LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

- 1 El primer problema que se plantea en este caso es si resulta de aplicación al mismo 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.

En el Derecho Español solamente se considera como empresa de trabajo temporal a aquella que tiene como actividad fundamental la puesta a disposición de trabajadores y que para ello obtiene una autorización administrativa específica que le permite operar como empresa de trabajo temporal. En el caso de que cualquier otra empresa que carezca de esa autorización realice, de forma habitual u ocasional, puestas a disposición de trabajadores, no es considerada como empresa de trabajo temporal, pero se trata de una actividad prohibida, que da lugar al derecho del trabajador a optar entre integrarse como personal laboral fijo en la empresa usuaria o en la cedente, a la responsabilidad solidaria de ambas empresas por las obligaciones laborales y de Seguridad Social y a diferentes sanciones.

Sin embargo la Directiva 2008/104/CE define como empresa de trabajo temporal a 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. Parece por tanto que basta con que una empresa ponga a disposición de otra a un trabajador, aunque sea de forma ocasional, para que sea considerada por la Directiva 2008/104/CE como una empresa de trabajo temporal, sin exigir, como hace el Derecho español, que se trate de una empresa que desarrolle como actividad fundamental la puesta a disposición de trabajadores y que cuente para ello con una autorización administrativa.

Por tanto lo primero que hemos de resolver es si la Directiva 2008/104/CE es aplicable a una empresa que ponga a disposición de otra a un trabajador, aunque lo haga sin ser reconocida por la legislación interna como empresa de trabajo temporal mediante una autorización administrativa. Esas son las primeras cuestiones que se formulan.

- 2 Si la Directiva 2008/104/CE es aplicable aun no encontrándonos ante una empresa declarada formalmente como empresa de trabajo temporal en el Derecho interno, el siguiente paso es determinar si en el caso de autos estamos ante una puesta a disposición de la trabajadora demandante por parte de Leadmarket S. L. a Microsoft Ibérica S. L., de manera que la trabajadora deba ser considerada como trabajadora cedida por una empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.c de la Directiva 2008/104/CE, la empresa Leadmarket S. L. deba ser considerada como empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.b de la misma Directiva y la empresa Microsoft Ibérica deba ser considerada como empresa usuaria en el sentido del artículo 3.1.d de la misma Directiva.

El problema es saber si estamos ante una puesta a disposición de la trabajadora.

El artículo 3.1 de la Directiva 2008/104/CE define los conceptos de «empresa de trabajo temporal», «trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal», «empresa usuaria» y «misión» en base a que el trabajador contratado por la empresa de trabajo temporal preste sus servicios «bajo la dirección y el control» de la empresa usuaria.

De acuerdo con los hechos del caso que esta Sala tiene que resolver, la trabajadora prestaba servicios desde su propio domicilio, en régimen de teletrabajo, para lo cual disponía de un ordenador proporcionado por Microsoft Ibérica, aunque al comienzo utilizaba otro ordenador distinto cuya propiedad no consta. Acudía una vez a la semana a la sede de Microsoft Ibérica S. L., para lo cual tenía una tarjeta de acceso. Sus funciones eran atender a distancia a los clientes de determinados productos de Microsoft y para todo lo relativo a dicha atención a los clientes contactaba frecuentemente con los responsables de un departamento de Microsoft Ibérica. Sin embargo informaba mensualmente al responsable de Leadmarket S. L., que era la empresa que [la] tenía contratada y la concesión de sus vacaciones y permisos y fijación de horarios se llevaba a cabo por ese responsable de Leadmarket S. L.

Por tanto, si no fuera por estos últimos elementos, es claro que la dirección y control de la actividad de la trabajadora correspondía a Microsoft Ibérica, S. L.,

puesto que desarrollaba sus funciones para Microsoft contactando frecuentemente para las cuestiones de servicio con los responsables de un departamento de esa empresa y lo hacía con el ordenador proporcionado por esa empresa y atendiendo a sus clientes. En esas condiciones la duda que se suscita es si puede entenderse que la empresa Leadmarket S. L. mantenía la dirección y control de la actividad laboral, de manera que no estaríamos ante una puesta a disposición de la trabajadora, por el hecho de que el administrador de la misma recibiese un informe mensual de actividad y además firmase los permisos, vacaciones y horarios de la trabajadora.

Esta es la siguiente cuestión que debemos plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que si la respuesta fuera afirmativa y la Directiva 2008/104/CE es aplicable al caso, entonces parece claro que la remuneración propia de la empresa usuaria (Microsoft Ibérica S. L.) formaría parte de las «condiciones esenciales de trabajo y empleo» y en virtud del artículo 5.1 de la Directiva habría que estimar la pretensión de la trabajadora de que su salario sea, por lo menos, el que le correspondería si hubiese sido contratada directamente por dicha Microsoft Ibérica S. L. para ocupar el mismo puesto. En todo caso esta cuestión sobre el salario aplicable por razones lógicas también la incorporamos a las cuestiones que formulamos al Tribunal de Justicia.

- 3 El siguiente problema que se plantea en este caso es lo relativo a la readmisión de la trabajadora, una vez que su despido ha sido declarado nulo por el Juzgado de lo Social y dicha declaración de nulidad implica el derecho de la trabajadora a retornar a su puesto de trabajo anterior al despido. La relación contractual entre Leadmarket S. L. y Microsoft Ibérica S. L. se había extinguido cuando la trabajadora fue a reincorporarse a su puesto de trabajo y fue despedida por Leadmarket S. L., de manera que solamente podría reincorporarse a su puesto de trabajo y volver a sus funciones anteriores a la maternidad si se produjese dicha reincorporación en Microsoft Ibérica S. L.

[*omissis*] [repetición del artículo 15 de la Directiva 2006/54, citado en el epígrafe relativo a la normativa de la Unión Europea]

[*omissis*] [Repetición del párrafo quinto del epígrafe HECHOS DEL PROCEDIMIENTO]

[*omissis*] [L]a reintegración al mismo puesto de trabajo solamente es posible si se produce en Microsoft Ibérica S. L., sin que Leadmarket S. L. disponga de ningún puesto de trabajo que ofertar como alternativa. De hecho Leadmarket S. L. se encuentra en rebeldía en el proceso y no comparece, encontrándose presumiblemente desaparecida, por lo que no pueda considerarse que exista un puesto equivalente dentro de la plantilla de dicha empresa.

Por otra parte hay que tener en cuenta que si estuviéramos ante una puesta a disposición regulada por la Directiva 2008/104/CE, el artículo 5.1 de esa Directiva incluye entre las condiciones esenciales de trabajo y empleo cuya aplicación debe

garantizarse a los trabajadores puestos a disposición[,] las normas vigentes en la empresa usuaria relativas a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, así como las relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, «tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general». Una norma legal vigente en España, tanto para la empresa usuaria como para la cedente, es la obligación de readmitir, con abono de los salarios dejados de percibir, a las personas trabajadoras que hayan sido despedidas después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), [del Estatuto de los Trabajadores] siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Esa norma está establecida por la legislación española (artículos 53.4.c y 55.5.c del Estatuto de los Trabajadores) para todo supuesto de despido objetivo o disciplinario salvo que el despido se declare procedente. Por tanto, si la trabajadora puesta a disposición de Microsoft Ibérica S. L. hubiera sido contratada directamente por esta empresa y fuera despedida por la empresa tras incorporarse después de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijo, si ese despido no fuera justificado y procedente, el mismo sería declarado nulo y Microsoft Ibérica S. L. quedaría obligada a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión. El problema es si por el hecho de no ser contratada directamente por Microsoft Ibérica S. L. sino por Leadmarket S. L., ese derecho que tendría a ser reincorporada en el puesto de trabajo en Microsoft desaparece, siendo únicamente Leadmarket S. L. la responsable de su readmisión o si por el contrario la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE implica que la obligación de readmisión y de todas las consecuencias del despido declarado nulo sean exigibles igualmente a la empresa usuaria, Microsoft Ibérica S. L.

IV. CUESTIONES QUE SE FORMULAN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

A la vista de todo lo anterior esta Sala considera que deben someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por vía de cuestión prejudicial, las siguientes preguntas:

- A) Si la Directiva 2008/104/CE 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 empresa de trabajo temporal por no disponer de una autorización administrativa como tal;
- B) En caso de ser aplicable la Directiva 2008/104/CE a empresas que ponen a disposición trabajadores sin ser reconocidas en el Derecho interno como empresas de trabajo temporal, si en una situación como la descrita

anteriormente la trabajadora debe ser considerada como trabajadora cedida por una empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.c de la Directiva 2008/104/CE, la empresa Leadmarket S. L. debe ser considerada como empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.b de la misma Directiva y la empresa Microsoft Ibérica debe ser considerada como empresa usuaria en el sentido del artículo 3.1.d de la misma Directiva; en concreto si puede entenderse que la empresa Leadmarket S. L. mantenía la dirección y control de la actividad laboral (excluyendo así la existencia de una puesta a disposición de la trabajadora), por el hecho de que el administrador de la misma recibiese de la trabajadora un informe mensual de actividad y además firmase los permisos, vacaciones y horarios de la trabajadora, aunque la prestación cotidiana de los servicios de la trabajadora consistiese en atender a los clientes de Microsoft, resolviendo las incidencias contactando frecuentemente con responsables de Microsoft y trabajando desde su domicilio con un ordenador puesto a disposición de la trabajadora por Microsoft y acudiendo una vez a la semana al centro de trabajo de Microsoft;

- C) En caso de ser aplicable la Directiva 2008/104/CE y encontrarnos ante una puesta a disposición de la trabajadora, si, como consecuencia de la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, el salario de la trabajadora debe ser cuando menos el mismo que le correspondería si hubiese sido contratada directamente por Microsoft Ibérica S. L.;
- D) Si en las circunstancias del caso es aplicable el derecho de la trabajadora a reintegrarse en su puesto de trabajo u otro equivalente tras el descanso por maternidad, al amparo del artículo 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. Y si, aunque el contrato entre Microsoft Ibérica S. L. y Leadmarket S. L. hubiera finalizado, no existiendo ningún puesto de trabajo equivalente en Leadmarket S. L., la reintegración ha de producirse en Microsoft Ibérica S. L.
- E) En caso de ser aplicable la Directiva 2008/104/CE por encontrarnos ante una puesta a disposición, si, como consecuencia de la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, las disposiciones legales españolas que establecen la nulidad del despido en el caso de trabajadoras embarazadas y en período de lactancia deben llevar a que se declare a la empresa de trabajo temporal y a la empresa usuaria solidariamente responsables de las consecuencias legalmente establecidas para el despido nulo, en concreto: –la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión, y– la obligación de abonar las indemnizaciones que procedan derivadas de la ilicitud del despido.

[*omissis*] [Fórmulas procesales finales]

[*omissis*] [Párrafo relativo a la protección de datos]