Asunto C-427/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

14 de julio de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

16 de junio de 2021

Parte demandante:

LD

Parte demandada:

ALB FILS KLINIKEN GmbH

Objeto del procedimiento principal

Las partes litigan sobre la obligación del demandante de realizar su prestación laboral a un tercero con carácter indefinido tras haber sido transferido a dicho tercero su ámbito de actividad.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Es aplicable el artículo 1, apartados 1 y 2, 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, cuando (como dispone el artículo 4, apartado 3, del TVöD) las funciones de un trabajador se transfieren a un tercero y, subsistiendo la relación laboral con su empleador inicial, dicho trabajador, por orden de este empleador, debe realizar su

prestación laboral con carácter indefinido en favor del tercero, quedando sometido a las instrucciones técnicas y organizativas de este?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Es compatible con la finalidad de protección de la Directiva 2008/104/CE que, como dispone el artículo 1, apartado 3, punto 2b, de la AÜG, la puesta a disposición de personal prevista en el artículo 4, apartado 3, del TVÖD quede excluida del ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales de protección en la cesión de trabajadores, de manera que estas dejan de ser aplicables a los casos de puesta a disposición de personal?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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 particular los artículos 1, apartados 1 y 2; 2 y 3, apartado 1, letras a) a e)

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (Convenio colectivo de la función pública; en lo sucesivo, «TVöD») en el ámbito de la Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (Unión de Asociaciones de Empleadores Municipales; en lo sucesivo, «VKA») —Parte general— de 13 de septiembre de 2005, en particular el artículo 4, apartado 3, y la declaración en acta relativa a dicha disposición

El artículo 4, apartado 3, primera frase, del TVöD presenta el siguiente tenor:

«En caso de que las funciones de un empleado se transfieran a un tercero, a requerimiento del empleador la prestación laboral deberá realizarse en favor del tercero, siempre que subsista la relación laboral inicial (puesta a disposición de personal).»

En la declaración en acta relativa a dicho artículo se aclara lo siguiente:

«Se entiende por puesta a disposición de personal (subsistiendo la relación laboral inicial) la prestación de servicios a un tercero con carácter indefinido. [...]»

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Ley relativa a la cesión de trabajadores; en lo sucesivo, «AÜG») de 7 de agosto de 1972, en su versión de la Comunicación de 3 de febrero de 1995 (BGBl. I, p. 158), modificada por última vez mediante la Ley de 13 de marzo de 2020 (BGBl. I, p. 493), en particular su artículo 1, apartado 3, punto 2b, que dispone lo siguiente:

«La presente Ley [...] no se aplicará a la cesión de trabajadores:

[...]

2b) entre empleadores, cuando las funciones de un trabajador sean transferidas de su empleador inicial a otro empleador y, en virtud de un convenio colectivo de la función pública:

a) subsista la relación laboral con el empleador inicial y

b) en lo sucesivo, el trabajador preste sus servicios al nuevo empleador,

[...]»

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El demandante trabaja para la demandada desde abril de 2000. La demandada, una entidad de Derecho privado, gestiona un hospital. Su titular y socio único es el Landkreis G, una corporación de Derecho público. La demandada no dispone de la autorización que el Derecho nacional exige para la cesión de trabajadores. La relación laboral entre las partes está sometida al Convenio colectivo de la función pública en su versión aplicable a los empleadores municipales (en lo sucesivo, «TVÖD»).
- 2 En junio de 2018, la demandada segregó diversas áreas, una de las cuales incluía el puesto de trabajo del demandante, y las transfirió a la recién creada A Service GmbH. Esta sociedad es una filial de la demandada en la que esta posee la totalidad de las participaciones. El demandante hizo uso de la posibilidad que le brinda el Derecho nacional de oponerse a la transferencia de su relación laboral a Service GmbH.
- 3 A causa de esta oposición, subsiste con su contenido inicial la relación laboral constituida entre el demandante y la demandada. Sin embargo, desde junio de 2018, el demandante realiza su prestación laboral en A Service GmbH, quedando sometido a sus instrucciones técnicas y organizativas. El fundamento jurídico de esta situación reside en la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD. La prestación de los servicios del demandante en A Service GmbH tiene carácter indefinido.
- 4 El demandante solicita que se declare que no está obligado a realizar su prestación laboral en A Service GmbH en virtud de una puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD. Alega que su actividad en A Service GmbH es contraria al Derecho de la Unión. Entiende que la puesta a disposición de personal que contempla el artículo 4, apartado 3, del TVöD constituye una cesión de trabajadores con carácter indefinido y, por tanto, contraria a la Directiva 2008/104.
- 5 Las instancias inferiores han desestimado la demanda. El órgano jurisdiccional remitente ha de pronunciarse sobre el recurso de casación del demandante.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 6 Con arreglo al Derecho nacional, es lícita la puesta a disposición de personal. En virtud del artículo 1, apartado 3, punto 2b, de la AÜG, esta queda excluida del ámbito de aplicación de dicha Ley, con la cual se transpone la Directiva 2008/104 en el Derecho interno. Por lo tanto, la resolución del litigio depende decisivamente de si una puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVÖD constituye una cesión de trabajadores a efectos de la Directiva 2008/104 y, en caso de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a esta cuestión, si la exclusión de tal puesta a disposición del ámbito de aplicación de la AÜG mediante el artículo 1, apartado 3, punto 2b, de esta es compatible con los artículos 1, apartados 1 y 2, y 2 de la Directiva.

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 7 Sobre la cuestión de si en el presente caso es aplicable la Directiva 2008/104, el órgano jurisdiccional remitente argumenta, en primer lugar, que, de conformidad con las disposiciones de dicha Directiva, la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD podría constituir conceptualmente una cesión de trabajadores. No obstante, también cabe la posibilidad de que esta puesta a disposición de personal, por sus peculiaridades y a causa de su objetivo de garantizar la continuidad y el contenido de la relación laboral del trabajador afectado por una transferencia indefinida de funciones, incluida la conservación de su regulación laboral y convencional, se aparte en tal medida del modelo de trabajo temporal en que se inspira la Directiva 2008/104 que quede excluida de su ámbito de aplicación.
- 8 El instrumento de la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD permite al trabajador mantener la relación laboral con su empleador inicial, conservando su mismo contenido contractual y las mismas condiciones de empleo. En consecuencia, la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD afecta exclusivamente a los trabajadores con relaciones laborales de carácter indefinido cuyas funciones sean transferidas a un tercero y tiene por objeto garantizar la subsistencia con carácter indefinido de su relación laboral y la conservación de sus condiciones de trabajo.
- 9 En contra de la aplicabilidad de la Directiva 2008/104 a la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, cabría aducir también que los trabajadores afectados por tales medidas fueron contratados inicialmente para la realización de funciones propias del empleador y (como muestra el caso del demandante) han podido desempeñar dichas funciones durante años. En consecuencia, la relación laboral no se ha constituido, como contempla el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2008/104, con el fin de ceder al trabajador a una empresa usuaria.
- 10 Asimismo, en contra de la aplicación de la Directiva 2008/104 a la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD podría

argumentarse que esta medida está esencialmente concebida con carácter permanente. Con ella se pretende proteger al trabajador afectado por la supresión definitiva de su ámbito de actividades en el seno de su empleador contractual, ofreciéndole garantías frente al riesgo de pérdida del puesto de trabajo o de cambio de empleador y a las consiguientes consecuencias desfavorables que para él se pudieran derivar. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cesión de un trabajador a una empresa usuaria a efectos de la Directiva 2008/104 es, por definición, de carácter temporal, y los Estados miembros están obligados a velar por que el trabajo a través de empresas de trabajo temporal con la misma empresa usuaria no se convierta en una situación permanente para el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal (sentencia de 14 de octubre de 2020, KG, Cesiones sucesivas en el marco del trabajo temporal, C-681/18, EU:C:2020:823). La configuración de la puesta a disposición de personal podría evitar el riesgo de que se eluda la Directiva mediante cesiones sucesivas, con el consiguiente fraude. A este respecto, a diferencia de lo que sucede con el trabajo temporal en el sentido de la Directiva 2008/104, podría no ser necesario limitar la duración de la puesta a disposición de personal para combatir prácticas fraudulentas del empleador en detrimento del trabajador cedido. Por el contrario, tal limitación podría frustrar el fin perseguido con la puesta a disposición de personal.

- 11 Por último, no está claro si la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD presenta la característica de la «actividad económica» requerida por el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2008/104 en relación con el empleador contractual. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se entiende por «actividad económica» en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2008/104 cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik, C-216/15, EU:C:2016:883, apartado 44; de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría, C-179/14, EU:C:2016:108, apartado 149, y de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, apartado 22). De conformidad con el tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2008/104, el hecho de que la empresa cedente no tenga fines lucrativos no se opone a la existencia de una actividad económica, lo cual podría abogar a favor de extender la aplicación de la Directiva 2008/104 a la puesta a disposición de personal. Además, en el marco de la puesta a disposición de personal, el tercero normalmente paga una compensación económica que, cuando menos, comprende los gastos de personal y administrativos (sobre esta característica, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik, C-216/15, EU:C:2016:883, apartado 45). Sin embargo, no está claro si la puesta a disposición de personal constituye una actividad del empleador contractual consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 12 En caso de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a la primera cuestión prejudicial y la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD en principio esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104, en opinión del órgano jurisdiccional remitente procede aclarar si es compatible con la finalidad de protección de la Directiva la exclusión de la puesta a disposición de personal del ámbito de aplicación de la AÜG en virtud del artículo 1, apartado 3, punto 2b, de esta, habida cuenta del objetivo de conservación del puesto de trabajo y del empleo que persigue dicha ley.
- 13 A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente aduce, por un lado, que con la exclusión de la puesta a disposición de personal con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD del ámbito de aplicación de la AÜG, según las explicaciones del legislador nacional, se pretende tomar en consideración el hecho de que la puesta a disposición de personal debe considerarse una forma especial de transferencia de funciones, y responde a un intento de velar por los intereses de los trabajadores afectados por dicha transferencia. El legislador nacional consideró que, en el caso de la puesta a disposición de personal, no es precisa la protección de los trabajadores que ofrece la AÜG, ya que se siguen aplicando las anteriores condiciones de trabajo y no se dan los riesgos típicos de la cesión de trabajadores, en particular la elevada inseguridad del puesto de trabajo y el continuo cambio de destino, sino que el trabajador puesto a disposición conserva a su anterior empleador.
- 14 Por otro lado, en opinión del órgano jurisdiccional remitente no está claro si el artículo 1, apartado 3, punto 2b, de la AÜG se opone a la consecución del fin de protección perseguido por la Directiva 2008/104. De acuerdo con su considerando 12, la Directiva 2008/104 establece un marco de protección para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal no discriminatorio, transparente y proporcionado, a la vez que respetuoso con la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales. Conforme a esta finalidad protectora, podría ser compatible con las exigencias de la Directiva 2008/104 excluir de las disposiciones de protección de la AÜG a los trabajadores puestos a disposición de un tercero con arreglo al artículo 4, apartado 3, del TVöD, ya que, de por sí, esta forma de cesión de personal persigue la protección y la seguridad de las relaciones laborales y de sus condiciones, y las estrictas condiciones para la aplicación de esta disposición impiden los abusos en contra de los trabajadores. Por el contrario, las consecuencias jurídicas previstas por la AÜG en aras de la protección de los trabajadores cedidos (por ejemplo, la constitución de una relación laboral con el cesionario) podrían ser contrarias a los intereses de los trabajadores cedidos en virtud de una puesta a disposición de personal. Su necesidad de protección con motivo de la transferencia de sus funciones no se deriva de una relación laboral precaria, sino del riesgo de que se extinga su relación laboral con el empleador contractual. En consecuencia, la puesta a disposición de personal garantiza la conservación con carácter indefinido de la relación laboral en las mismas

condiciones fijadas en el convenio, a la vez que se mantiene la actividad en el área funcional conocida.

DOCUMENTO DE TRABAJO