

**EL PRESTAMISMO LABORAL EN ALEMANIA.
ESTUDIO COMPARATIVO CON LA REGULACIÓN ESPAÑOLA
SOBRE CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS
DE TRABAJO TEMPORAL**

Jesús Martínez Girón

*Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho.
Universidade da Coruña*

RESUMEN:

Estudio relativo a la permisiva regulación alemana sobre cesión de trabajadores. Esta regulación alemana está contenida, en lo esencial, en la Ley para la Regulación de la Cesión de Trabajadores con Fines Empresariales de 1972, enmendada. La Ley alemana contrasta fuertemente con la regulación contenida en el artículo 43 de la Estatuto de los Trabajadores español y en la Ley núm. 14/1994, sobre Empresas de Trabajo Temporal, por causa de la carencia de una regulación uniforme en el plano del Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: Contrato de trabajo – Cesión de trabajadores – Empresas de trabajo temporal.

ABSTRACT:

Study relating to the german permissive regulation on employees cession. This german regulation is contained, in essence, in the Act to Regulate the Cession of Employees with Employer Purposes of 1972, as amended. The German Act contrasts heavily with the regulation contained in article 43 of the Spanish Statute of Employees and in the Act num. 14/1994, on Temporary Work Agencies, due to the lack of a uniform regulation at the level of the European Union Law.

Keywords: Contract of employment – Cession of employees – Temporary work agencies.

El prestamismo laboral en Alemania. Estudio comparativo con la regulación española sobre cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal

Sumario: I. Aproximación al contenido de la Ley de Cesión de Trabajadores con Fines Empresariales.- II. La noción de préstamo laboral.- III. La relación triangular entre prestamista, prestatario y trabajador prestado.

I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA LEY DE CESIÓN DE TRABAJADORES CON FINES EMPRESARIALES

1. La «Ley para la Regulación de la Cesión de Trabajadores con Fines Empresariales [*Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung*]» o AÜG, de 7 agosto 1972 –cuyo contenido, desde el punto de vista sindical, causaría pavor y estupefacción en España–, a diferencia de lo que suele ocurrir en la generalidad de leyes laborales alemanas, carece de toda división formal en «Títulos». En consecuencia, se trata de un texto normativo corrido, únicamente dividido en párrafos, que materialmente son veintitrés, pues hay que tener en cuenta que el que es formalmente último precepto de la Ley (esto es, su párrafo 20) se halla actualmente privado de contenido, y además, que otros cuatro párrafos de la misma poseen numeración árabe repetida (más en concreto, los párrafos 1a, 1b, 2a y 15a). Su texto refundido hoy en vigor se remonta a 3 febrero 1995¹, habiendo sido enmendada últimamente con fecha de 31 octubre 2006, aunque al solo efecto de poner al día la referencia que efectuaba al Ministerio federal competente en materia de Trabajo, que debe entenderse realizada ahora al «Ministerio federal de Trabajo y de Seguridad Social»².

2. Aunque el legislador federal haya renunciado a explicitar la estructura interna de esta Ley, parece claro que el esqueleto de la misma está constituido por tres grandes núcleos temáticos sustantivos³, a saber. La cabeza de su esqueleto, que es la «autorización preceptiva» –rótulo del párrafo 1 (*Erlaubnispflicht*)– para poder realizar lícitamente las actividades empresariales de «cesión de trabajadores» reguladas por esta Ley. El tronco o espina dorsal, del que ofrece una visión de conjunto el párrafo 12 de la misma (rotulado «Relaciones jurídicas entre prestamista y prestatario [*Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher*]»). Y las extremidades soldadas a ese tronco, que son la relación jurídica entre prestamista y trabajador prestado y la relación jurídica entre prestatario y trabajador prestado, ambas tratadas conjuntamente en el larguísimo párrafo 11 (significativamente rotulado «Otros preceptos relativos a la rela-

* Trabajo realizado al amparo de la cobertura económica del proyecto de investigación SEJ2007-67443/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia –Dirección General de Investigación– Subdirección General de Proyectos de Investigación (convocatoria publicada por Resolución de 29 de septiembre de 2006 [BOE de 11 de octubre de 2006]).

1 Un tratamiento exhaustivo de la misma, en K. DÖRNER, S. LUCZAK y M. WILDSCHÜTZ, *Handbuch Arbeitsrecht*, 4ª ed., Luchterhand (Munich, 2004), págs. 901 ss.

2 Véase su párrafo 17.

3 Los párrafos 15, 15a, 16, 17 y 18 conformarían otro grupo temático clásico en todas las leyes laborales alemanas –pero que no consideramos sustantivo, a nuestros efectos–, relativo a «preceptos penales y preceptos sobre multas administrativas».

ción de préstamo laboral [*Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis*]). Es evidente, en consecuencia, el parentesco existente entre esta Ley alemana y nuestra Ley 14/1994, de 1 junio, de empresas de trabajo temporal⁴, aunque –como luego comprobaremos– se trata sólo de un parentesco lejano.

3. La distancia que separa ambas normas la propicia el Derecho de la Unión Europea, que parece haber renunciado de momento a poner orden en Europa en materia de derechos sustantivos de los trabajadores al servicio de empresas de trabajo temporal. En efecto, falta culminar la regulación contenida en la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 junio 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal⁵. Y mientras esta regulación europea no se culmine, no cabrá más remedio que afirmar que esta última Directiva resulta ser una Directiva coja, tuerta o manca, puesto que –en materia de contratos de trabajo de duración determinada– posee el imprescindible complemento de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada –cuya transposición ha dado lugar a un Derecho sustantivo interno relativamente homogéneo, en España y Alemania⁶–, pero a la que le falta en materia de empresas de trabajo temporal el imprescindible complemento sustantivo regulador de esta otra atípica forma de contratación laboral precaria⁷, edificada –de manera tan dispar, en España y Alemania– sobre una relación triangular.

II. LA NOCIÓN DE PRÉSTAMO LABORAL

4. Esta Ley alemana constituye una excepción a la regla de Derecho común –explicitada en el párrafo 613 (rotulado «Intransmisibilidad [*Unübertragbarkeit*])» del Código Civil alemán, de algún modo equivalente al artículo 43 de nuestro Estatuto de los Trabajadores– imposibilitando la cesión individual a otro, sin consentimiento del trabajador afectado, de la prestación laboral⁸. A diferencia de lo que ocurre en España, esta excepción aparece concebida en Alemania en términos amplísimos, articulados alrededor de la licitud de la actividad empresarial de «préstamo laboral [*Leiharbeit*]). Esta expresión, que en España resultaría tan políticamente incorrecta (recuérdese la dulzura de nuestra eufemística «puesta a disposición»), aparece utilizada a todo lo largo y

4 Acerca de esta Ley española, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 113 ss. Por supuesto, la expresión «empresas de trabajo temporal [*Zeitarbeitsfirmen*])» también se utiliza doctrinalmente en Alemania (cfr., por ejemplo, H. REICHOLD, *Arbeitsrecht*, 2ª ed., Verlag C.H. Beck [Múnich, 2006], pág. 11).

5 Acerca del impacto de esta Directiva en nuestro Derecho, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La Directiva comunitaria sobre seguridad e higiene en el trabajo en las empresas de trabajo temporal», en el vol. *IV Jornadas Galegas sobre Condiciones de Trabajo e Saúde*, Fundación Caixa Galicia (Ferrol, 1994), págs. 18 ss.

6 Véase A. ARUFE VARELA, «La regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y a plazo en Alemania. Estudio comparativo con la regulación de los contratos precarios en España», en este mismo volumen del *Anuario*.

7 Evidentemente, no colma este vacío la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, allí donde se refiere a trabajadores desplazados al servicio de empresas de trabajo temporal. Acerca de su transposición en España, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 118.

8 Recalcando el tema del consentimiento del trabajador («*nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers möglich*»), al amparo de dicho precepto del Código Civil, véase A. JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2006), pág. 64.

ancho del articulado de la Ley, al igual que sus derivados semánticos «prestamista», «prestatario» y «trabajador prestado», afirmando al respecto el parágrafo 1 de la propia Ley –para despejar toda duda– que «los empresarios que quieran ceder como prestamistas trabajadores (trabajadores prestados), con fines empresariales para la prestación de trabajo, a terceros (prestatarios), necesitan autorización [*Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis*]⁹.

5. Evidentemente, el régimen de dicha «autorización» administrativa –tan prolijamente regulado en esta Ley alemana¹⁰, al igual que sucede en España–, al efecto de poder realizar la antipática actividad de préstamo laboral con ánimo de lucro (según la terminología alemana, «con fines empresariales [*gewerbsmäßigen*]¹¹), interesa más al administrativista que al laboralista¹². Lo que realmente le interesa al laboralista es precisar en qué supuestos, conceptualmente próximos al «préstamo laboral», no resulta preciso el permiso administrativo en cuestión, por tratarse de una actividad empresarial libre en Alemania¹². Pues bien –y aquí está parte de lo que horrorizaría a los sindicatos españoles–, resulta que en Alemania es libre todo lo siguiente: 1) «el destacamento del trabajador en una sociedad particular constituida para la realización de una obra ..., si el empresario es miembro de la sociedad particular, si rigen para todos los miembros de la sociedad particular convenios colectivos del mismo sector económico y si todos los miembros están obligados por causa del contrato de sociedad particular al cumplimiento autónomo de las prestaciones del contrato»¹³; 2) «la cesión de trabajadores ... entre empresarios del mismo sector económico para evitar la reducción de la jornada o los despidos, si esto lo prevé un convenio colectivo vigente para el prestatario y el prestamista»¹⁴; 3) «la cesión de trabajadores ... entre las empresas agrupadas a que se refiere el parágrafo 18 de la Ley de Sociedades Anónimas, si el trabajador presta su trabajo ocasionalmente no para su empresario»¹⁵; 4) «no necesita autorización un empresario con menos de 50 empleados que ceda un trabajador a un empresario para evitar la reducción de la jornada o el despido, hasta un máximo de 12 meses, si ha anunciado previamente por escrito la cesión a la Agencia Federal de Empleo»¹⁶; y 5) «para un empresario asentado en otro Estado miembro que sea parte del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tampoco es ninguna cesión de trabajadores el destacamento del trabajador en una sociedad particular constituida para la realización de una obra, si no rigen para él y para los otros miembros de la sociedad particular convenios colectivos alemanes del mismo sector económico»¹⁷, o también, «la cesión de trabajadores ... en el extranjero, si el trabajador prestado fuese prestado a una empresa común extranjero-alemana creada sobre la base de un acuerdo interestatal, en el que el prestamista sea parte»¹⁸.

9 Apartado 1, inciso primero.

10 Con todo lujo de detalles al respecto, véase K. DÖRNER, S. LUCZAK y M. WILDSCHÜTZ, *Handbuch Arbeitsrecht*, 4ª ed., cit., págs. 902 ss.

11 Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 115.

12 Este mismo planteamiento doctrinal, relativo a que la Ley en cuestión contribuye a marcar «los límites entre préstamo laboral legal [*legaler Leiharbeit*] y ocupación ilegal [*illegaler Beschäftigung*]¹²», en W. DÄUBLER, *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, 6ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt a.M., 2006), pág. 345.

13 Parágrafo 1, apartado 1, inciso segundo.

14 Parágrafo 1, apartado 3, número 1.

15 Parágrafo 1, apartado 3, número 2.

16 Parágrafo 1a, apartado 1.

17 Parágrafo 1, apartado 1, inciso último.

18 Parágrafo 1, apartado 3, número 3.

6. Supuesto que la autorización administrativa resulte preceptiva –por no estar incurso el «préstamo» en ninguna de las excepciones recién mencionadas–, el párrafo 9, apartado 1, de la Ley alemana afirma, con toda lógica, que «son ineficaces [*unwirksam sind*]», entre otros, «los contratos entre prestamistas y prestatarios, así como entre prestamistas y trabajadores prestados, cuando el prestamista no posea la preceptiva autorización a que se refiere el párrafo 1». E inmediatamente a continuación, el párrafo 10 (rotulado «Consecuencias jurídicas en caso de ineficacia [*Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit*]») continúa afirmando que «si es ineficaz el contrato entre el prestamista y el trabajador prestado, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 9, número 1, entonces se considera existente una relación laboral entre el prestatario y el trabajador prestado desde el momento previsto para el comienzo de la actividad entre el prestatario y el prestamista»¹⁹, a lo que razonablemente nada se puede objetar. Ahora bien, todo ello con el matiz –que seguramente horrorizaría también a nuestros sindicatos– de que en este tipo de casos «la relación laboral ... se considera a plazo [*gilt als befristet*], cuando la actividad del trabajador prestado con el prestatario sólo fue prevista a plazo y existe un motivo que justifique objetivamente [*sachlich rechtfertigender Grund vorliegt*] el plazo de la relación laboral»²⁰.

III. LA RELACIÓN TRIANGULAR ENTRE PRESTAMISTA, PRESTATARIO Y TRABAJADOR PRESTADO

7. Como antes se indicó, en este *ménage à trois* la espina dorsal la constituyen las «relaciones jurídicas entre prestamista y prestatario» (rótulo, recuérdese, del párrafo 12 de la Ley)²¹. Se trata de un precepto que no posee especial interés desde el punto de vista del Derecho comparado, puesto que afirma que «el contrato entre el prestamista y el prestatario requiere de forma escrita»²², que «en el documento, el prestamista tiene que declarar si posee la autorización a que se refiere el párrafo 1»²³, que «el prestatario tiene que detallar en el documento cualesquiera características especiales que tenga la actividad prevista para los trabajadores prestados, y cualquier cualificación profesional que resulte necesaria para la misma, así como cualesquiera condiciones de trabajo esenciales, incluida la remuneración, que rijan en la empresa del prestatario para un trabajador comparable del propio prestatario»²⁴, etc. Lo verdaderamente llamativo, siempre desde el punto de vista comparado –también para horror de nuestros sindicatos–, es que esta Ley alemana da por supuesta la completa libertad contractual entre prestamista y prestatario para acordar la duración del préstamo laboral (recuérdese que este último no tiene por qué ser necesariamente por «un motivo que justifique objetivamente el plazo»), limitándose a afirmar el párrafo 8 (rotulado «Informes estadísticos [*statistische Meldungen*]») que «el prestamista tiene que aportar a la autoridad administrativa autorizante semestralmente los informes estadísticos sobre», entre otros extremos, «el número y la duración de las relaciones laborales [*die Dauer der Arbeitsverhältnisse*] que él ha acordado con cada trabajador prestado objeto de cesión»²⁵, y «el número de días de tra-

19 Apartado 1, medioinciso primero.

20 Apartado 1, inciso segundo.

21 Véase K. DÖRNER, S. LUCZAK y M. WILDSCHÜTZ, *Handbuch Arbeitsrecht*, 4ª ed., cit., págs. 908 ss.

22 Apartado 1, inciso primero.

23 Apartado 1, inciso segundo.

24 Apartado 1, inciso tercero.

25 Apartado 1, número 4.

bajo [die Zahl der Beschäftigungstage] de cada trabajador prestado objeto de cesión, clasificado según supuestos de cesión»²⁶.

8. Al igual que sucede en España, esta Ley alemana también prevé la existencia de verdadera relación laboral entre el prestamista y el trabajador prestado²⁷. Lo evidencia, con bastante claridad, el parágrafo 3 de la misma (rotulado «Denegación [Versagung]»), de acuerdo con el cual el prestamista debe cumplir «los preceptos del Derecho de la Seguridad Social [die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts] sobre retención y pago de las contribuciones que gravan el salario»²⁸, «las obligaciones del Derecho del Trabajo [die arbeitsrechtlichen Pflichten]»²⁹, y en especial, «durante el tiempo de la cesión al prestatario, las condiciones laborales esenciales, incluida la retribución, que rigen en la empresa de este prestatario para un trabajador comparable del propio prestatario»³⁰. Ahora bien, resulta que los trabajadores prestados no poseen verdaderos derechos colectivos ni en la empresa del prestamista ni en la empresa del prestatario —aquí no hace falta ni apuntar lo que opinarían nuestros sindicatos—, pues el parágrafo 14 (rotulado «Derechos de cooperación y derechos de cogestión [Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte]»), después de afirmar que «los trabajadores prestados también permanecen, durante el tiempo de su prestación laboral para un prestatario, como miembros vinculados a la empresa del prestamista que los envía»³¹, matiza que «los trabajadores prestados no son elegibles en la elección de los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia en la empresa del prestamista, ni en la elección de las representaciones de los trabajadores regulada por las normas de organización de la empresa»³², aunque «tienen derecho a consultar con estas representaciones de los trabajadores y a tomar parte en las asambleas de trabajadores y en las asambleas de jóvenes en la empresa del prestatario»³³.

9. En fin, también al igual que sucede en España, entre el prestatario y el trabajador prestado alemanes no existe ningún tipo de relación contractual laboral³⁴, lo que explica —respecto del prestatario— que se hable simple y llanamente de «actividad del trabajador prestado con el prestatario». A pesar de ello, la Ley alemana afirma —en esto no hay novedad, desde el punto de vista del Derecho comparado— que «la actividad del trabajador prestado con el prestatario [die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher] está sujeta a las normas jurídico-públicas del derecho de protección [frente a los riesgos] del trabajo que rigen en la empresa del prestatario»³⁵, y que «los deberes que se derivan de ello para el empresario, incumben al prestatario, sin perjuicio de los deberes del prestamista»³⁶; y además —aquí sí hay novedad, respecto de la regulación española—, que «el trabajador prestado puede exigir del prestatario, en caso de cesión, infor-

26 Apartado 1, número 5.

27 Para nuestro Derecho, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 116-117.

28 Apartado 1, número 1, medioinciso primero.

29 *Ibidem*, medioinciso segundo.

30 Apartado 1, número 3, medioinciso primero, que posee —a su vez— excepciones y contraexcepciones.

31 Apartado 1.

32 Apartado 2, inciso primero.

33 Apartado 2, inciso segundo.

34 La doctrina alemana habla, en ocasiones, de «relación laboral fingida por la Ley [gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis] entre prestatario y trabajador prestado» (cfr. K. DÖRNER, S. LUCZAK y M. WILDSCHÜTZ, *Handbuch Arbeitsrecht*, 4ª ed., cit., pág. 911). Para nuestro Derecho, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 117.

35 Parágrafo 11, apartado 6, medioinciso primero.

36 *Ibidem*, medioinciso segundo.

mación sobre las condiciones de trabajo esenciales, incluida la remuneración, que rigen en la empresa del prestatario para un trabajador comparable del propio prestatario»³⁷. Tampoco hay novedad en el hecho de que la relación extracontractual (e incluso, humana) entre prestatario y trabajador prestado podría evolucionar hasta llegar a convertirse –de manera fisiológica– en una verdadera relación contractual laboral, lo que explica que el ya citado párrafo 9 declare asimismo que «son ineficaces», entre otros, «los acuerdos que prohíban al prestatario contratar al trabajador prestado en un momento determinado en el que su relación laboral ya no exista con el prestamista»³⁸, y también, «los acuerdos que prohíban al trabajador prestado iniciar una relación laboral con el prestatario, en un momento determinado en el que la relación laboral entre el prestamista y el trabajador prestado ya no exista»³⁹.

37 Párrafo 13, medioinciso primero. Todo ello, para contrastar la información previamente suministrada a él por el prestamista, a la que alude el párrafo 11, allí donde afirma que «la prueba de las condiciones contractuales esenciales de la relación de préstamo laboral se rige por los preceptos de la Ley de Prueba» (apartado 1, inciso primero).

38 Apartado 3, medioinciso primero.

39 Apartado 4.