

LA NEOLIBERALIZACIÓN ECONÓMICA DE LA EUROPA SOCIAL

**Fenómeno de dumping social en Europa y la
corrección jurídica de un fallo de mercado**

Millán Fernández González

Máster de Abogacía (Universidad de Oviedo) - Trabajo Fin de Máster

Defensa: 4 de junio de 2015

Índice:

- **Capítulo I: Regulación del desplazamiento transnacional de trabajadores en Europa a través de la Directiva 96/71/CE.(Pág. 3 - 26)**
- **Capítulo II: La intervención del Comité Económico y Social Europeo.(Pág 27 – 32)**
- **Capítulo III: La Directiva 67/2014 como refuerzo para la efectividad práctica de la Directiva 96/71.(Pág. 33 – 49)**
- **Capítulo IV: Regulación del dumping social en España. La transposición por la ley 45/1999.(Pág. 50 – 60)**
- **Capítulo V: La Propuesta del Parlamento Europeo sobre las negociaciones colectivas transfronterizas y el diálogo social transnacional de 15 de julio de 2013.(Pág. 61 – 67)**
- **Síntesis Jurisprudencial.(Pág. 68 – 74)**
- **Conclusiones.(Pág. 75 – 77)**
- **Bibliografía.(Pág. 78 – 80)**

CAPÍTULO I: REGULACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES EN EUROPA A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA 96/71/CE.

1.- ORIGEN, FUNDAMENTOS Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 96/71/CE: LA COLISIÓN ENTRE MODELO ANGLOSAJÓN DE BOLKENSTEIN Y EL MODELO CONTINENTAL.

El origen del mercado único europeo se halla en una serie de enmiendas al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea llevadas a cabo por el Acta Única Europea de 1986 (ratificada por los Estados Miembros en 1987) que al mismo tiempo tuvo su origen en el **Libro Blanco** dirigido por el comisario Lord Cockfield, elaborado por la Comisión Delors y publicado en 1985.

El Libro Blanco de Lord Cockfield recogía las principales barreras físicas, técnicas y fiscales al establecimiento de un mercado único además establecía el principio de reconocimiento mutuo para el sector servicios, principio establecido posteriormente por la Jurisprudencia en el asunto Cassis de Dijon para la comercialización de productos entre los Estado Miembros (STJCE de 20 de febrero de 1979), dicho principio permitía a cualquier empresa de los Estados Miembros prestar servicios en otros Estados Miembros con el único de requisito de cumplir con las normas de su Estado de origen, evitándose así la doble regulación por el Estado de destino.

Posteriormente, el Consejo Europeo inició el proceso para acabar con las barreras que obstaculizaban el efectivo mercado único, de tal forma que el 23 y 24 de Junio de 2000 se elaboró la “**Estrategia de Lisboa**”. De dicho proyecto hoy en el año 2015 podemos decir

que no ha llegado a buen puerto o que por lo menos fue planteado de forma muy ilusoria ya que este proyecto marcó el objetivo de convertir a la economía de la U.E. literalmente en: *“la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes del 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social”*. Como mencionaba y a modo puramente de reflexión, hoy en 2015 podemos decir que realmente la economía europea es la economía mundial del conocimiento, si bien no es la más competitiva ni la más dinámica en el mundo debido al fenómeno de dumping social, tanto extracomunitario tanto como intracomunitario que destruye las economías de los Estados Miembros en un contexto de Unión Europea federal al estilo de los Estados Unidos cuando esto no es y nunca fue así. Puesto que el fenómeno de dumping social actúa precisamente en la “economía del no conocimiento”, en la economía manufacturera de la que aún Europa vive y que a pesar de ser la cuna del conocimiento fruto del estado de bienestar imperante no es aún aplicado esto realmente en la economía europea de forma plena de tal forma que se pueda prescindir de la economía manufacturera que está trasladando a ciertos Estados Miembros de la U.E. condiciones laborales precarias de otras zonas geográficas de la propia Unión Europea y del resto del mundo.

Así tras la comunicación de la Comisión llamada **“Una estrategia para el mercado interior de servicios”** de 29 de diciembre de 2000 que hace referencia a un nuevo sector servicios influido por la “sociedad de la información”, y después del informe presentado por la Comisión en el año 2002 denominado **“El Estado del mercado interior de servicios”**, y por fin 20 años después del Libro Blanco de Lord Cockfield, el comisario holandés Frits Bolkenstein presentó la Propuesta de Directiva en 2004 de la Directiva Servicios (Directiva 2006/123/CE) que convertiría la economía de bienestar europea en una economía neoliberal dando lugar al fenómeno de los trabajadores “low cost” con la ampliación del U.E. a los países del este de Europa. Dicha propuesta fue muy criticada socialmente por la opinión pública que denunciaba la naturaleza antisocial del mercado neoliberal, constituyendo esto un elemento base de la negativa holandesa y francesa a la aprobación de una Constitución Europea.

La “**Propuesta Bolkenstein**” supuso numerosas críticas, debido a que se basaba en el “*principio del país de origen*” que establecía que la empresa que prestaba servicios fuera pudiera regularse por la normativa de su Estado de origen y eludir la aplicación de la normativa del Estado de destino, potenciándose así el efecto del dumping social, fenómeno que podemos definir como el traslado de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados transnacionalmente desde su Estado de origen a los trabajadores del Estado de destino fruto de las reglas de la libre competencia. Una libre competencia sin regular o escasamente regulada, justo lo contrario de las economías sociales de bienestar que intervienen corrigiendo los fallos de mercado.

Ante las numerosas críticas y ante el temor al fenómeno de dumping social que se refleja en un concepto conocido como “*fontanero polaco*” (denominación de un concepto con el que en Francia se hacía referencia al fenómeno de dumping social que generaría la Propuesta de Bolkenstein, por los franceses también conocida irónicamente como “Directiva Frankenstein”), se modificó dicha Propuesta por un texto redactado por la socialdemócrata alemana Evelyn Gebhardt, se suavizaron los conceptos hablando ahora de “*libre prestación de servicios*” (por ello esta Directiva 2006/123/CE será conocida también como “*Directiva Servicios*”), por otra parte en lugar de “*principio del país de origen*” se incidió más desde el punto de vista de garantizar el acceso al libre ejercicio de prestación de servicios, no obstante sí que se dejó fuera de la Directiva los convenios reguladores, vacaciones, seguridad en el trabajo o seguridad social, debido a ese temor de que realmente surgieran grandes cantidades de trabajadores “low cost”. Finalmente el 27 de Diciembre de 2006 fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea la polémica **Directiva 2006/123/CE (Directiva Servicios)**, siempre objeto de recursos al TJCE.

El fundamento de la Directiva Servicios se encuentra en los artículos 47 y 55 del TCE, precisamente el artículo 47 tiene como objetivo “*facilitar el acceso a las actividades asalariadas y su ejercicio*”. Por ello se basa en “*facilitar el ejercicio de la libertad de*

establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios” manteniendo la calidad en los mismos, estableciendo de tal forma un marco jurídico general que suprima los obstáculos que se oponen las libertades económicas. Por ello la Directiva Servicios se basa en el art.14.2 del TCE que garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; en los arts.43 y 49 del TCCE que garantizan la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

En el contexto del origen de la U.E. como una unión económica, dichos principios que la Directiva Servicios busca dar efectividad pretenden fomentar la competitividad y así el crecimiento económico. Esta Directiva Servicios pretendía lograr alcanzar estos objetivos dando seguridad jurídica a los operadores económicos.

Si bien es cierto que la propia Directiva Servicios reconoce en su Preámbulo que la realización del mercado interior deberá llevarse a cabo *“con el debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos”*. De tal forma, el art.57.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea faculta al Consejo para adoptar medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Por lo tanto el propio TCE encarga al Consejo tratar el fenómeno de desplazamiento de trabajadores transnacional, promulgándose de esta forma y para regular este fenómeno la **Directiva 96/71/CE el 16 de Diciembre de 1996**, engranando así el modelo anglosajón de Bolkenstein con el modelo continental.

El TJCE señaló en el asunto *“Rush Portuguesa”* (STJCE de 27 de marzo de 1990) que las empresas pueden acceder a otros Estados Miembros para prestar sus servicios en ellos con sus propios trabajadores y que ningún Estado Miembro lo podía prohibir. Y que sin embargo, estos Estados Miembros a los que se desplazan dichas empresas sí podrían extender sus

legislaciones a estas empresas.

El objetivo era evitar situaciones de discriminación entre condiciones laborales de los trabajadores del Estado al que se desplazan estas empresas y los trabajadores desplazados desde sus Estados de establecimiento, de tal forma que dicha discriminación generase una situación de competencia desleal y de dumping social. La razón se hallaba en que era necesario la existencia de una competencia leal y un respeto a los derechos laborales de los trabajadores para lograr el buen funcionamiento del mercado único, realidad jurídica alcanzada el 1 de enero de 1993 y propiciada por el Acta Única Europea de 1986. De tal forma, con la base jurídica de los antiguos artículos 57.2 y 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (nuevos artículos 47 y 55 TCE tras el Tratado de Ámsterdam), referidos a la libre prestación de servicios, fue aprobada la **Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.**

Destaca el respeto con el que la Directiva 96/71 debe regular el desplazamiento de trabajadores en cuanto al mercado único se refiere, ya que en el mismo se recogen principios como la libertad de establecimiento de las empresas y la libre circulación de los servicios. El propio TCE en el art.57.2 señala que tales medidas (relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento...) deberán adoptarse procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales (implica establecimiento de prestadores de servicios) entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible. Ya que hay que tener en cuenta que el concepto originario de la Unión Europea era económico, iniciándose con la **Comunidad Europea del Carbón y del Acero** (Tratado firmado en París en 1951), constituyéndose el mercado común a través de la formación de la **Comunidad Económica Europea (CEE)** con la firma del Tratado de Roma en 1957. Este origen marcó la política de la Unión Europea, en la que la Jurisprudencia del TJCE siempre ha dado más peso al mercado único que a otras materias reguladas por la UE que constituyen un terreno

más bien puramente político-social que económico, aunque evidentemente relacionado entre ambas. El fenómeno de dumping social generado por el desplazamiento transnacional de trabajadores es el que esta Directiva 96/71 pretende evitar con su regulación, sin embargo su efectividad depende de la transposición en el Derecho nacional de cada Estado Miembro. Esto revela un marco en el que ya se puede ver cómo la Directiva 96/71 peca de eficacia por el propio entendimiento de la Unión Europea de sí misma y cómo el fenómeno de dumping social está siempre presente aún a pesar de esta Directiva 96/71.

Esta materia sobre las condiciones laborales de los trabajadores desplazados transnacionalmente entre Estados Miembros ya había sido tratada por el **Convenio de Roma de 1980 ("Roma I")** que regula la ley aplicable a relaciones contractuales internacionales. El artículo 3 de dicho Convenio establece la libertad de elección de la ley por las Partes y que, a falta de elección, el contrato se regirá, de conformidad con el apartado 2 del artículo 6, por la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo en ejecución del contrato, aun cuando se haya desplazado temporalmente a otro país. El apartado 1 del artículo 6 de dicho Convenio establece que a falta de elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable. El artículo 7 de dicho Convenio dispone que en determinadas condiciones surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía de otra ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador.

Sin embargo la Directiva 96/71 tiene primacía sobre el Convenio de Roma debido al principio de prioridad del Derecho comunitario. En su artículo 20 establece que dicho Convenio no afectará a la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o vayan a estar contenidas en actos que emanen de las instituciones de las Comunidades Europeas o en legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos. En relación a esto, y como ejemplo de errónea aplicación de la Directiva 96/71 respecto al Convenio de Roma, en el FJ

4º de la Sentencia del TSJ de Galicia 2129/2008, el Tribunal incurre en el error de aplicar la Disposición Adicional 1ª de la Ley 45/1999 que recoge la excepción de condición más favorable para aplicar a través del Convenio de Roma la ley española a un trabajador desplazado por una empresa española a Portugal; ya que dicha Sentencia invoca el Convenio de Roma para aplicar la ley española al contrato laboral (que es la ley más favorable al trabajador contratado en Portugal) lo que no es correcto puesto que la vía no puede ser la del Convenio de Roma sino la del artículo 3.7 de la Directiva 96/71, incurriendo el TSJ en una incorrecta fundamentación del fallo de su sentencia comprometiendo de esta forma su obligación de tutela judicial efectiva impuesta por el art.24 de la Constitución de 1978 que obliga al tribunal a fundamentar de forma correcta sus decisiones.

2.- BREVE RESEÑA DE LA DIRECTIVA SERVICIOS A MODO DE INTRODUCCIÓN.

2.1 El objeto de la Directiva y su ámbito de aplicación:

Como he señalado anteriormente el objeto de la DS (Directiva Servicios) es facilitar el libre ejercicio de los servicios, como dispone su art.1.

Sin embargo, este artículo también delimita lo que la DS no va a regular, de tal forma no va dirigida a la liberalización de servicios de interés económico general, a la abolición de monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia, a la competencia de los Estados Miembros de definir servicios de interés general, a las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, a la normativa de los Estados miembros en materia de Derecho penal, no afecta al Derecho laboral, ni al ejercicio de los derechos fundamentales.

Esta Directiva establece un marco jurídico (es una “Directiva marco”), por lo que nunca va a establecer normas específicas sino que su misión será una visión más global desarrollada después por otra normativa.

La DS se aplicará a los prestadores de servicios de los Estados Miembros (art.2.1), dichos servicios conforme al art.4.1 pueden ser todos aquellos que en primer lugar sean por cuenta propia, y en segundo lugar que consistan en una actividad económica, y en tercer lugar que esté contemplada en el art.50 del TCCE que señala que se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas

Si bien, y de conformidad con la Sentencia C-76/05 del TCJE en el asunto Herbert Schwarz, la Sentencia del TJCE C-157/99 en el asunto Smits y Peerbooms, y la Sentencia C-368/98 en el asunto Vanbraekel y otros; el TJCE entiende por servicio toda actividad económica no asalariada, realizada normalmente a cambio de remuneración, sin que esto implique necesariamente que el servicio esté pagado por sus beneficiarios.

Para delimitar mejor el concepto la DS ha excluido expresamente los servicios que no son regulados por la misma: servicios financieros, servicios sanitarios, servicios audiovisuales, servicios de seguridad privados,...

La DS establece una lista de normas para las que en caso de entrar en conflicto con la propia DS éstas tendrán prioridad sobre la misma. Entra por ejemplo dentro de esta lista la Directiva 96/71.

2.2 El derribo de las trabas administrativas.

Los capítulos II y III de la DS se dedican a la eliminación de obstáculos jurídicos que impiden el correcto desarrollo del mercado interior, concretamente el Capítulo II trata de evitar la simple burocracia administrativa simplificando los procedimientos, estableciendo la ventanilla única, regulando el derecho de información e incentivando las vías telemáticas.

El capítulo III se centra en la regulación de las autorizaciones en el sentido de evitar dicho trámite todo lo posible o bien suprimirlo, no obstante permite a un Estado Miembro condicionar el establecimiento de un prestador de servicios a una autorización si ésta no es discriminatoria, si está justificada por una razón imperiosa de interés general, y siempre que no exista una medida menos restrictiva para lograr el objetivo perseguido con la autorización. A la vez que se introduce el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez terminado el plazo determinado.

En este sentido, el art.14 de la DS elabora una lista de requisitos que los Estados Miembros nunca podrán exigir a un prestador de servicios para su establecimiento en su territorio (discriminatorios basados en la nacionalidad, prohibición de estar establecidos en otros Estados). Por otra parte el art.15 elabora una lista de requisitos que el Estado Miembro deberá revisar si están en su ordenamiento jurídico en caso de que no sean proporcionales, innecesarios y discriminatorios.

2.3 La libre circulación de servicios.

La DS establece la libertad de prestación de servicios, y de esta forma el derecho que tiene una empresa a establecerse en otro Estado miembro sin que éste lo pueda impedir, esta

disposición es la libertad comunitaria que en el modo en que se desarrolle (ley aplicable de origen o ley aplicable de destino) sobre la que gira toda la problemática del dumping social, de tal forma reconoce expresamente el derecho de un prestador de servicios a desarrollar su actividad en otro Estado Miembro y que éste no se lo impida fuera de lo dispuesto en esta norma, de tal forma el Estado miembro de destino asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio. En esta disposición De esta forma, en el apartado 2º señala más requisitos que un Estado Miembro no podrá exigir al prestador de servicios transnacional sin justificarlos en orden público, proporcionalidad,...

La DS señala las excepciones a la cuales no es aplicable esta libertad comunitaria, por otro lado también permite que excepcionalmente un Estado Miembro imponga medidas a un prestador respetando una serie de condiciones, generando de esta forma un sombra a dicha libertad comunitaria.

La DS obliga a los Estados Miembros a controlar la calidad de los servicios prestados por los prestadores de servicios, a la vez que establece medidas para fomentar este control.

3.- RESTRICCIÓN AL ÁMBITO INTRACOMUNITARIO Y PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE.

La Directiva no afecta a los convenios celebrados por la Comunidad con países terceros ni a las leyes de los Estados miembros relativas al acceso a su territorio de prestadores de servicios de países terceros, así como no afectará a las leyes nacionales relativas a las condiciones para la entrada, la residencia y el acceso al empleo de trabajadores nacionales de países terceros. Por lo tanto, la Directiva tiene sus efectos en el ámbito intracomunitario para

desplazamientos de trabajadores realizadas por empresas de los Estados miembros (también en el resto de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, esto es, Noruega, Islandia y Liechtenstein), como señala en su artículo primero, y no se aplica a las empresas de terceros países, es decir, no podría ser aplicable para moderar los efectos por ejemplo del futuro **Tratado de Libre Comercio (TTIP)** aún en negociaciones entre la U.E. y E.E.U.U. Obligando sus disposiciones, por otro lado, y conforme a su art.9, solo a los Estado Miembros de la UE. Además este artículo primero también deja fuera del ámbito de aplicación al personal navegante.

En el apartado 3º del mismo artículo señala los **presupuestos** en los que es aplicable la Directiva. En primer lugar hace alusión a la simple situación de que una empresa desplaza a sus trabajadores desde el Estado miembro (EºM) en el que se sitúa su domicilio social a otro Estado miembro que es el destinatario del servicio de dicha empresa. Otro caso sería el desplazamiento de trabajadores de una empresa a otra perteneciente al mismo grupo. O bien el desplazamiento de trabajadores que mantienen su relación contractual con empresas de trabajo interino o con empresas de suministro de mano de obra a otras empresas usuarias que se hallan o ejercen su actividad en un EºM distinto al del que están establecidas las empresas que prestan el servicio.

En todos los casos anteriores es imprescindible que exista la relación contractual entre el trabajador y la empresa durante dicho desplazamiento.

Por otra parte el apartado 4º de este artículo prohíbe el trato más favorable para empresas establecidas en terceros países respecto de las situadas en Estado Miembros. De lo que cabe pensar que en cierta forma quiere el legislador extender los efectos de esta Directiva al ámbito extracomunitario, pues no puede fomentar la competencia leal dentro de la UE si después va a permitir que los Estados miembros incumplan esa competencia leal buscando un aprovechamiento económico erigiéndose en una posición de "al mejor postor".

4.- EL TRABAJADOR DESPLAZADO.

La Directiva 96/71 define el concepto de trabajador desplazado en su artículo segundo como el trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente.

De esta forma, la Sentencia del TSJ de Cataluña 3907/2010 de 26 de marzo de 2010, en su FJ 3º, señala que efectivamente la modificación del lugar de trabajo constituye la base de los desplazamientos temporales de los trabajadores. Otro ejemplo que concreta esta base o requisito está en el FJ 2º de la Sentencia del TSJ de Asturias 402/2013, que desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia favorable a ECOREDE-SILVICULTURA E EXPLORAÇÃO FORESTAL, S.A. y H.C. ENERGIA GRUPO EDP (recurridos) porque el trabajador recurrente invoca la aplicación de la Ley 45/1999 que transpone la Directiva 96/71 en España y alega que había sido desplazado desde España a Portugal a formular el contrato laboral con las recurridas, y que por lo tanto se había producido desplazamiento transnacional para suscribir dicho contrato en Portugal. Sin embargo el Tribunal argumenta que no se dan las condiciones establecidas en la Ley que definen cuándo estamos ante un supuesto de desplazamiento transnacional y que por lo tanto no es aplicable la normativa alegada. Ya que la Ley 45/1999 define el concepto de trabajador desplazado en su art. 2.1.2º como *“cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento”*, por tanto y como se desprende de la propia Directiva 96/71 y de la Jurisprudencia el desplazamiento de trabajadores transnacional implica un desarrollo de sus labores en el Estado de destino, y no cabe por tanto incluir la contratación como elemento determinante de una relación laboral

transnacional, de tal manera que el trabajador recurrente no puede invocar la Disposición Adicional 1ª de la Ley 45/1999 para que se le apliquen las condiciones laborales portuguesas, puesto que aunque le son más favorables en ningún caso ha habido desplazamiento transnacional de trabajadores en este caso.

En esta definición hay que destacar la provisionalidad, no se refiere la Directiva por tanto al traslado permanente sino al desplazamiento del trabajador. Además es necesario la pervivencia del contrato laboral con el empresario, de tal forma se separa el desplazamiento de trabajadores de tráfico prohibido de mano de obra.

De la misma forma es destacable que el trabajo en el Eº de origen debe ser habitual, no teniendo de esta manera la condición de desplazado a efectos de esta Directiva aquellos trabajadores que realicen su trabajo en varios Estados Miembros. Así lo señala la Sentencia 661/2010 del TSJ de Navarra en su FJ 1º para el caso de un conductor contratado para realizar trayectos entre Pamplona y Alemania.

Sin embargo la Directiva reconoce en el apartado segundo de este artículo 2 la competencia de los Estados Miembros de destino para definir por medio de sus legislaciones nacionales el concepto de trabajador. Es decir, no todos los trabajadores desplazados serán trabajadores como tal en los Estados Miembros de destino, de forma que aún de cumplir con la definición que la Directiva establece para el desplazamiento transnacional no les será de aplicación dicha condición de desplazados transnacionalmente si para el ordenamiento jurídico del Estado de destino el trabajador desplazado no tiene la condición jurídica de trabajador conforme a su legislación nacional. Esto en cierta forma podría decirse que viene a aplicar la ley de destino también pues asemeja al desplazado a la condición laboral de los nacionales de Estado de destino.

5.- EL “NÚCLEO DURO” DE LA DIRECTIVA 96/71/CE.

5.1 Materias protegidas y su soporte legal.

En el artículo tercero la Directiva hace mención de la aplicación de la ley de destino en las relaciones laborales de trabajadores desplazados. De esta forma precisa en qué materias se aplicará la ley de destino y establece un **núcleo de duro** consistente en una lista de materias, en las cuales deberán respetarse para los trabajadores desplazados y por los Estados miembros de destino las condiciones laborales de sus trabajadores nacionales, fijadas éstas a su vez en leyes y reglamentos pero pudiendo también estar recogidas en laudos arbitrales o convenios colectivos de interés general.

De esta forma se incluyen como materias protegidas en este “núcleo duro” los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

Las condiciones laborales incluidas en estas materias protegidas y reguladas por convenios colectivos han sido de discutida aplicación, ya que el TJCE ha tenido que desproteger en ciertas ocasiones a trabajadores desplazados de los efectos de este núcleo duro, ya que como sucede en el caso **Rüffert**, la AEntG que es la ley alemana que traspone la Directiva 96/71/CE

solo permite las adjudicaciones de contratos públicos a adjudicatarios que se comprometan a respetar el salario mínimo del convenio colectivo alemán, de tal forma que la empresa OB contrata con la Administración y a la vez subcontrata con otra empresa de nacionalidad polaca que aplica a sus trabajadores salarios polacos, lo cual contradice lo dispuesto por la AEntG, de tal forma que el Tribunal alemán en segunda instancia plantea la cuestión prejudicial al TJCE y éste contesta que estos trabajadores polacos no están protegidos por el núcleo duro de la Directiva ya que el convenio colectivo alemán no es, dentro del sistema de declaración de interés general de los convenios colectivos alemanes, de interés general porque dicho convenio solo se extiende a los contratos públicos y por tanto excluye a los privados, y porque además no ha sido declarado de interés general, y que por lo tanto su cuantía de salario mínimo no puede considerarse parte de lo incluido en el art.3 c) de la Directiva 96/71/CE. Además de amparar su argumento en otras cuestiones de desproporcionalidad de la medida que es la protección laboral con su consecuencia que es la restricción de la misma a libre prestación de servicios en la UE.

Esta decisión en la que el TJCE superpone la libertad de prestación de servicios recogido en el art.49 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea sobre la protección social y sobre las condiciones laborales de la Directiva 96/71 ha sido duramente criticada, ya que el TJCE parece más preocupado en buscar el resquicio por el que poder hacer primar la libre prestación de servicios respecto a la protección social que en defender esta protección social que constituye un derecho fundamental de los ciudadanos de la UE.

5.2 Restricciones a la aplicación del núcleo duro en relación con la libre prestación de servicios.

Respecto a este núcleo duro hay que decir que es muy estricto en cuanto a las materias en él recogidas, ya que solo es de aplicación el mismo para el tipo de materia y la cuantía o grado que el art.3 de la Directiva señale.

Esto fue señalado así por el TJCE en la sentencia del caso **Vaxholm**, en la que Laval (una empresa letona) contrata con Suecia una obra en la que desplaza a sus trabajadores, conforme a esta Directiva 96/71 sería aplicable la legislación sueca, sin embargo ésta no fijaba el salario mínimo por ley sino que se regía por los convenios colectivos pactados por los interlocutores sociales de los sindicatos suecos. Estos sindicatos piden a Laval que firme el convenio colectivo de la construcción pero Laval lo rechaza diciendo que primero quiere conocer lo dispuesto en este convenio para los salarios. Por lo tanto el Arbetsdomstolen que es el Tribunal sueco plantea la cuestión prejudicial al TJCE, y éste contesta que la Directiva 96/71/CE solo garantiza la protección mínima de las materias que ella misma enuncia en el art.3, y que sin embargo el convenio de la construcción mejoraba dichas condiciones.

Continúa el TJCE diciendo que la Directiva 96/71 es cierto que permite la aplicación de la condición más favorable (así lo señala la Directiva 96/71 en el art.3.7), pero que sin embargo esto no puede interpretarse de forma que Suecia supedita la libre prestación de servicios por Laval (de nuevo el art.49 TCCE) a la aplicación del convenio colectivo que mejora las condiciones de las disposiciones legales suecas, y que por lo tanto Suecia solo puede hacer esta exigencia en cuanto al grado de protección sobre las materias que la Directiva 96/71 señala, esto es el salario mínimo y no las mejoras del mismo que establece el convenio colectivo sueco de la construcción.

Lo mismo sucede en el caso **Rüffert**, ya que el Tribunal dice que no es aplicable la Directiva 96/71 en ese caso porque la ley alemana establece unas condiciones y unos salarios superiores al grado marcado por la propia Directiva en su art.3.1 c) (que es el salario mínimo marcado por la AEntG), y entiende que el Estado alemán solo puede obligar a la empresa de otros Estados Miembros a aplicar las condiciones mínimas imperativas, ya que el convenio mejora el salario mínimo de la AEntG. Por tanto el TJCE dice que el art.49 del TCCE impide a los sindicatos suecos que por medio de medidas de conflicto colectivo obliguen a una empresa extranjera a negociar un salario en el contexto de un marco legislativo nacional que no

expresa con claridad el salario mínimo, ya que la propia Directiva en el mismo art.3 señala que la noción de cuantías de salario mínimo se definirán mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

5.3 La posibilidad de lista abierta en el núcleo duro.

Además es importante destacar como el TJCE en la Sentencia del caso **Vaxholm** aborda la cuestión de la lista cerrada o lista abierta del art.3 de la Directiva, y dice que solo cabe aplicar la protección de la Directiva a otras materias distintas de las señaladas en su art.3 si es por razones de orden público, y que determinar si se trata de una razón de orden público corresponde a Suecia no a los sindicatos suecos. Argumento que se une al anterior para rechazar las pretensiones de los sindicatos suecos sobre Laval.

Otra decisión que junto con el argumento esgrimido también por el TJCE de trato discriminatorio ofrecido a Laval por parte de Suecia ha sido objeto de numerosas críticas.

Efectivamente la Directiva 96/71 en su art.3.10 permite que los Estados de destino impongan a las empresas nacionales y las desplazantes, condiciones laborales y de empleo distintas a las contenidas en el núcleo duro o condiciones distintas por convenios que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el Anexo de la Directiva (en este anexo se precisan las actividades comprendidas en el núcleo duro en el ámbito de la construcción) solo en casos de orden público. Un Estado miembro de destino puede hacer esto cuando base su actuación en razones de orden público, que como dijo el TJCE en el caso **Vaxholm**, deberán ser definidas por los propios Estados y no por sus sindicatos, no siendo posible que un convenio colectivo que se quiera imponer a la empresa desplazante pueda aplicarle a la misma materias distintas a las del núcleo duro esgrimiendo razones de orden público porque los interlocutores sociales que los pactan no tienen esa competencia.

5.4 Excepciones al núcleo duro.

Por otro lado la Directiva 96/71 señala como posibles excepciones a lo dispuesto en el núcleo duro respecto al respeto del salario mínimo, y siempre que sea a elección del E°M de destino previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con los usos y costumbres del mismo, para los casos de empresas que desplacen a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, o bien a empresas que desplacen a trabajadores a otras empresas de otro E°M que sean parte del mismo grupo que las desplazantes.

Pudiendo darse dicha excepción a la protección del salario mínimo del trabajador desplazado por decisión de un E°M si existe un convenio colectivo de interés general (definido posteriormente), bien para uno o varios sectores, siempre que el desplazamiento a dicho Estado por el trabajador no sea superior a un mes contado con referencia de un año desde su comienzo, conforme al art. 3.4 y 3.6 de la Directiva. Así mismo esta excepción puede darse cuando sea recogida en la legislación o en los usos del E°M de destino.

Para estos supuestos de desplazamiento vistos anteriormente y con motivo de la escasa importancia de los trabajos que deban efectuarse, la Directiva 96/71 también establece la posibilidad de excepcionar lo dispuesto en el núcleo duro respecto al salario mínimo y a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, siendo siempre establecidas por los Estados miembros de destino las condiciones que determinen a esos trabajos realizados como de "escasa importancia".

Quedando en todo lo anterior a salvo las condiciones que sean más favorables al trabajador, conforme al art.3.7.

5.5 Dificultades en el soporte legal del Estado de destino. La cuestión de los convenios o laudos arbitrales de interés general.

Respecto al conflictivo convenio o laudo arbitral de interés general en la jurisprudencia del TJCE, la Directiva 96/71 en el art.3.8 lo define como los que se respetan por todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos, es decir, dos elementos a destacar:

1. El convenio debe afectar a un territorio en concreto, y;
2. El convenio que afecte a un territorio debe afectar a todas las empresas del mismo sector o profesión.

En dicha definición, se basa el TJCE en el caso **Rüffert** diciendo que el convenio colectivo alemán que se intenta aplicar incumple el segundo punto antes señalado pues si puede ser cierto que se aplique a un territorio, no lo es que se aplique a todas las empresas de ese sector, ya que el convenio colectivo alemán era solo para las empresas que contrataran con la Administración y por tanto no afecta a las que no lo hacen. Es decir, hubiera sido válido para ser aplicadas sus condiciones laborales como mínimos exigibles al amparo del núcleo duro conforme al 3.8 de la Directiva 96/71 si dicho convenio colectivo afectase a todas las empresas de un mismo territorio independientemente que se dedicaran a contratar con la Administración o no, o bien en el caso hipotético que todas las empresas del mismo territorio solo se dedicaran a contratar con la Administración. En el caso **Rüffert** se quiere aplicar el convenio colectivo en cuestión conforme a dicho art.3.8 de la Directiva pero dicho convenio no cumple el requisito 2º de dicho artículo porque no afecta a todas las empresas del mismo sector, sino solo a las que contratan con la Administración.

Pero la Directiva previene situaciones de países que no establecen mecanismos de

declaración de aplicación general, y dice que para esos casos, estos Estados podrán basarse, en primer lugar en convenios colectivos o laudos arbitrales que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos; es decir, que en este caso las empresas no tienen por qué dedicarse a una misma profesión o ser de un mismo sector sino que servirán convenios que se apliquen a varias empresas de un mismo territorio que sean similares en su profesión o sector entre sí. Hay una permisividad en cuanto al punto 2º anteriormente señalado para evitar que ciertos Estados no puedan respetar el núcleo duro de la Directiva 96/71 por causa de que sus leyes no recojan las materias del art.3.1 de la Directiva, ni por causa de que sus convenios colectivos no sean los adecuados en su naturaleza (de interés general) aún a pesar de recoger dichas materias. Por ejemplo en el caso **Vaxholm**, Suecia no recoge el salario mínimo en la ley sino en los convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales, si estos no fueran de la naturaleza (de interés general) marcada por la Directiva 96/71 habría un vacío legal para la aplicación de la misma.

La segunda forma que señala la Directiva para evitar esta situación es teniendo la misma naturaleza que los convenios de interés general los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional. Para lo que serviría de nuevo la situación de Suecia en el caso **Vaxholm**.

No obstante, la Directiva 96/71 señala un principio de igualdad entre las empresas nacionales del Estado de destino y las empresas desplazantes en las materias del núcleo duro para que puedan ser aplicado el mismo en base a las materias recogidas por el Estado de destino en los convenios anteriormente señalados; es decir, es una condición para la aplicación de las materias de los convenios colectivos de distinta naturaleza a los de interés general que la Directiva 96/71 permite con el mismo efecto, de tal forma que dichas materias sean aplicadas a las empresas nacionales en el lugar de actividad o en el sector de que se trate de la misma forma que a las empresas desplazantes, y que puedan serles exigidas las obligaciones

dimanantes de las mismas con los mismos efectos.

Por otro lado, respecto a las empresas de trabajo interino o de suministro de mano de obra la Directiva 96/71 permite a los Estados de destino exigir a las empresas desplazantes que apliquen las mismas condiciones que a los trabajadores interinos de dicho Estado de destino.

6.- ASPECTOS CLAVE EN LA EFECTIVIDAD DE LA DIRECTIVA 96/71/CE.

En el art.4 la Directiva hace mención a la cooperación en materia de **información** entre los distintos estados, ya que resulta imprescindible la misma para lograr la efectividad de la Directiva. Es un aspecto importante porque se trata que el Estado de origen y el de destino se crucen información sobre la empresa desplazante. Para ello la Directiva establece unos mecanismos como el establecimiento de uno o más centros de enlace o una o más instancias nacionales competentes a los efectos antes referidos y que comunicará al resto de Estados. Señala como otro mecanismo la obligación gratuita de suministrarse información mutuamente entre las Administraciones del Estado de origen y de destino, cuando las peticiones tengan una base y estén justificadas, para lograr información, que además deberá ser accesible, sobre el suministro transnacional de trabajadores, incluidos los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales; todo con la finalidad de lograr analizar los problemas que se puedan plantear en el caso concreto a la aplicación del núcleo duro de la Directiva.

La Directiva exige a los Estados Miembros, en el art.5, que tomen las **medidas** oportunas para hacer cumplir la normativa en casos de incumplimiento de la misma, así como estos deberán poner a disposición de los trabajadores un procedimiento adecuado por el que se vean cumplidas las obligaciones que la Directiva recoge.

Para garantizar más el respeto del núcleo duro, la Directiva permite al trabajador entablar **acciones legales** en el Estado de destino, sin impedirle tampoco que las ejerza en otro Estado de arreglo a los convenios internacionales vigentes. En el Derecho Internacional es muy frecuente este tipo de medidas para proteger a la parte débil en una relación jurídica de carácter privado, de hecho al trabajador se le permite elegir el foro al que acudir, el de su domicilio o el del domicilio de la empresa, frente al empresario. La Directiva corresponde aquí, por tanto, a la competencia judicial regulada para el trabajador por el foro de protección en el art. 21.1 b) del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

7.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DEL TJCE DESTINADO AL CONTROL LAS MEDIDAS NACIONALES

El principio de proporcionalidad comunitario se destina en este caso al control de la adecuación de las normas estatales al Tratado, ocupándose de tutelar las libertades recogidas en el Derecho de la U.E. frente a la intervención de los poderes públicos de los Estados miembros (y desde la Sentencia del TJCE en el caso Laval también a los sujetos privados).

Este principio de proporcionalidad tiene dos objetivos, el primero se refiere al control de la legislación adoptada en ejecución de la Directiva 96/71 y el segundo consiste en someter a escrutinio las medidas adoptadas por los Estados miembros que obstaculizan las libertades comunitarias.

Este criterio es usado por el TJCE para priorizar las libertades comunitarias frente a las medidas nacionales dirigidas a dar efectividad a la Directiva 96/71, a lo que hay que añadir que el TJCE impone la carga de la prueba de la proporcionalidad de las medidas nacionales adoptadas a los Estados miembros adoptantes de las mismas. Así lo dispone el TJCE en el asunto Wolf, donde el TJCE insta al tribunal nacional a ponderar los potenciales beneficios de la norma que establece la responsabilidad solidaria del empresario principal frente al efecto restrictivo que dicha medida puede tener, no solamente sobre las prestaciones de

servicios efectuadas por subcontratistas establecidos en otro Estado miembro, sino también sobre las efectuadas por empresas contratistas de ese mismo Estado.

No obstante la Doctrina ha distinguido tres principios interpretativos particularmente relevantes en el criterio seguido por el TJCE: el principio de proporcionalidad, el principio de razonabilidad y el principio de no discriminación. Integrándose éstos dos últimos en el juicio de proporcionalidad aplicado por TJCE. Por lo tanto hay que diferenciar ente el juicio comunitario de proporcionalidad, que incorpora una gran variedad de componentes, y el principio de propiamente dicho.

El TJCE ha logrado delimitar en gran medida el contenido normativo del principio de proporcionalidad, en este ámbito quedan ciertos aspectos que aún presentan ciertas inconsistencias desde la propia sistemática comunitaria, particularmente en relación con su delimitación respecto de otros principios, su fundamento constitucional, y su posición respecto de los demás elementos de la teoría general de los derechos fundamentales. Puede así anticiparse que los distintos pronunciamientos del Tribunal presentan notables diferencias, no sólo internas, sino teórico-normativas respecto de los diversos elementos que lo integran. Esto se debe a la particular naturaleza del material normativo que el TJCE debe interpretar. Por ello se puede decir que el TJCE tiene un criterio distinto para el principio de proporcionalidad distinto para el desplazamiento de trabajadores en el ámbito transnacional al usado en otros asuntos, lo que deja entrever una cierta discrecionalidad del TJCE en esta materia al rechazar continuamente las medidas nacionales que aplican la Directiva 96/71 en beneficio de las libertades comunitarias.

8.- LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE.

El art.7 de la Directiva obliga a los Estados Miembros a transponer esta Directiva antes del 16 de diciembre de 1996. De tal forma, España por medio de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; transpone al ordenamiento español la Directiva 96/71 ante la situación de que de toda la legislación hasta el momento aplicable a España (CC, ETT, Convenio de Roma I, etc...) nada hace referencia a la concreta situación laboral regulada por la Directiva 96/71. Siendo revisada antes del 16 de Diciembre de 2001, conforme al art.8 de la Directiva, junto con la legislación de transposición del resto de Estados Miembros, por la Comisión a efectos de plantear posibles modificaciones por medio del Consejo.

CAPÍTULO II: LA INTERVENCIÓN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO.

1.- EL FRAUDE A LA DIRECTIVA 96/71/CE A TRAVÉS DE LOS FALSOS AUTÓNOMOS Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LA SUBCONTRATACIÓN.

El Comité Económico y Social Europeo elabora un dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios para sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores, de 13 de junio de 2007. En dicho dictamen el Comité Económico y Social Europeo expone su valoración del modo en que se han transpuesto las medidas adoptadas por los Estados miembros en lo que respecta al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios en la Unión Europea, y propone mejoras para la aplicación de la Directiva 96/71/CE, señalando además como tema aún a resolver la cuestión de los llamados "falsos autónomos".

El problema radica en la recalificación del trabajador desplazado que se le anima a hacerse autónomo pero dependiendo realmente de un empleador. Esta actitud responde al propósito de las empresas de eludir la protección social, de tal forma que el Comité insta a los Estados miembros a que regulen estas situaciones a través de sus normativas nacionales y aumenten las sanciones en relación a este tipo de prácticas.

Por otra parte, el Comité sobre la responsabilidad y la subcontratación piensa que en la práctica se consigue eludir la Directiva 96/71 por medio de largas cadenas de subcontratación combinadas con el recurso a proveedores de servicios transfronterizos. Ya que la exigibilidad atenuada de la legislación laboral a los operadores externos (pues no están obligados por el art.45 del TFUE a garantizar a sus trabajadores las mismas condiciones de trabajo que a los trabajadores locales) opera como revulsivo para la incorporación a nuestro mercado, tal y

como dispone el Preámbulo de la Directiva 96/71, de “un número cada vez mayor” de contratistas y subcontratistas radicadas en el extranjero en función del incentivo de una inferior carga administrativa y punitiva, así como por la posibilidad de aplicar sólo el núcleo duro previsto en la Directiva 96/71. Lo que permite que las empresas españolas puedan acceder, a través de contratistas y subcontratistas establecidos en otros países comunitarios, a mano de obra extranjera contractualmente sometida a la legislación laboral de sus países de origen, que tampoco requerirá de permiso de trabajo, lo que dota a esta oferta de mano de obra de un gran atractivo económico. Se puede observar un fenómeno de subcontratación basado en costes sociales logrado a través del desplazamiento de trabajadores, lo cual poco tiene que ver con la alegada mayor eficacia de los procesos descentralizadores en la consecución de los objetivos empresariales a partir de una mayor especialización funcional. Sobre ello pretende trabajar la Comisión, como anuncia en su comunicación, a través de un análisis pormenorizado de los problemas inherentes al control transfronterizo del respeto de la legislación (sanciones, multas, responsabilidad solidaria).

2.- LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL ASUNTO LAVAL

Conforme a lo dispuesto en el art.52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de La Unión Europea (CDFU), los derechos de la Carta pueden someterse a limitaciones cuando sea necesario por el interés general. En el asunto Laval los derechos fundamentales reconocidos a nivel estatal se califican jurídicamente como “intereses legítimos”, en línea con la jurisprudencia del TJCE.

El TJCE caracteriza como obstáculo económico el uso que los sindicatos suecos hacen de su derecho fundamental a adoptar medidas acción colectiva. Así para le TJCE “*el derecho a adoptar (...) medidas de conflicto colectivo mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene algunas cláusulas que difieren de las disposiciones legales puede*

hacer menos interesante, e incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco y constituye, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE”.

El TJCE se distancia así del papel atribuido a la protección de los derechos sociales fundamentales en el constitucionalismo moderno, en el cuál la función desmercantilizadora del Derecho del Trabajo constituye un valor protegido. Se puede decir que la lógica del mercado se ve alterada por el modo en que el Derecho del Trabajo limita la racionalidad mercantil, pues la extensión de los derechos sociales superadores de un concepto de ciudadanía excluyente, “hace el mercado menos mercado, menos manejable y más protegido normativamente”.

El TJCE en el asunto Laval somete las medidas objeto de control, en este caso las medidas de conflicto colectivo, al test de relevancia constitucional, a fin de establecer si éstas son susceptibles de restringir el alcance de las libertades comunitarias, para acabar finalmente evaluando si tales medidas podían considerarse desproporcionadas. Con todo el TJCE, no declara que los sindicatos suecos se encuentren obligados por los términos de la Directiva 96/71, pues una Directiva no puede crear obligaciones para un particular. Sin embargo, les aplica los límites establecidos en dicha norma mediante un razonamiento a sensu contrario, al asumir que una medida incompatible con ésta tiene por objeto ejecutar, en su ámbito de aplicación, el contenido de dicha disposición del Tratado (“Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi de 23 de mayo de 2007”). Por otra parte, ninguna disposición del Tratado permite considerar que unas libertades de circulación deban prevalecer frente a otras, pudiendo incluso sostenerse que la Directiva 96/71 realiza una interpretación del artículo 56 del TFUE ultra vires.

Para que pueda defenderse el juicio de proporcionalidad en términos de racionalidad jurídica, los mecanismos de verificación del nivel de gravamen impuesto a la libertad comunitaria utilizados por el TJCE deben fundarse en razonamientos lógicos y datos empíricos incontrovertidos en relación a las consecuencias que las medidas adoptadas pueden ocasionar y la probabilidad y magnitud de los efectos negativos. Si no se explicita suficientemente el

proceso argumentativo que lleva al TJCE a alcanzar sus conclusiones se merma la racionalidad jurídica de un discurso que, en definitiva, lo que deja traslucir es una determinada perspectiva de racionalidad económica. El TJCE no se limita a evaluar la validez de las normas comunitarias evitando sujetarse a los derechos constitucionales nacionales, también expande la doctrina para restringir el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos universalmente apunta una suerte esquizofrenia jurídica en al que los parámetros de protección de los derechos humanos actúan contra sí mismos.

En la teoría constitucional los derechos fundamentales no se superponen unos a otros por lo dispuesto por la propia Constitución sino que lo que determina la controversia es delimitar el ámbito de actuación de cada uno de estos derechos. Por lo tanto lo correcto es determinar el alcance de la libertad de prestación de servicios respecto de los derechos sociales fundamentales y no centrarse en un juicio de proporcionalidad arbitrario y sin criterio preestablecido que tiene como fundamento de resolución de la controversia la confrontación de estos derechos.

3.- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE «LA DIMENSIÓN SOCIAL Y MEDIO AMBIENTAL DEL MERCADO INTERIOR»: LA CONTRAPOSICIÓN A LA POSTURA DEL TJCE.

En este Dictamen de 6 de enero de 2009, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) hace un análisis en torno a la situación actual de crisis y la dimensión social que ampara a los trabajadores en este contexto. Dentro de dicho análisis hace una reflexión sobre las Sentencias del TJCE en los casos **Viking, Laval, Rüffert y Luxemburgo**.

En esta reflexión sobre unas sentencias que han dado lugar a profundos debates, el CESE se hace acopio de la resolución del Parlamento Europeo de 2008, en la que se afirmaba que la libre prestación de servicios no está por encima de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, del derecho de

los sindicatos a negociar, concluir y hacer aplicar los convenios colectivos y a emprender acciones colectivas. También hace referencia a las protestas de grandes juristas y profesores universitarios que sostienen que las Sentencias habían creado graves problemas para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores y que los derechos sociales fundamentales no debían estar subordinados a las libertades del mercado interior y al derecho de la competencia, sino que antes bien debían reconocerse plenamente como condición necesaria para el desarrollo sostenible, económico y social, de la Unión Europea.

El CESE hace una reflexión entre la Jurisprudencia del TJCE y la del TEDH, y señala que en las sentencias **Viking** y **Laval**, el TJCE reconoció que el derecho a la acción colectiva es un derecho fundamental y, como tal, forma parte del Derecho de la UE, al tiempo que subrayó que no es superior a otros derechos de la UE, como la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento. El TJCE señaló que dichas medidas deben ser compatibles con el Derecho de la Unión basado en un interés general y a la vez deben ser proporcionadas. Por tanto el TJCE entiende que dichas medidas son restrictivas respecto de las libertades y por tanto deben permitirse en función de dichas restricciones. Siendo esto contrario a la Jurisprudencia del TEDH que lo entiende justo al revés, y condiciona las libertades a su posible restricción en los derechos fundamentales, es decir, condiciona las libertades económicas al perjuicio o restricción que pueda causar en el derecho a la acción colectiva como derecho fundamental.

Por otro lado el CESE entiende que el hecho de que el TJCE haya rechazado la aplicación de una acción colectiva nacional al ámbito internacional en base a que vulneraba el principio de proporcionalidad supone vaciar de contenido ese derecho fundamental y vulnerar el derecho de huelga, es decir, sobre la postura del TEDH, el TJCE no solo no la comparte sino que busca siempre una salida en favor de su posición a través de criterios subjetivos como es la estimación de lo que es proporcional o no, puede decirse que intenta justificar su oposición al criterio del TEDH en un criterio que usa a su libre albedrío, puesto que el criterio de proporcionalidad usado por el TJCE en el desplazamiento de trabajadores en el ámbito transnacional es distinto al usado en otros asuntos planteados ante el TJCE.

No solo el CESE defiende la aplicación de la Directiva 96/71 con mayor exhaustividad sino que además es partidario de que se constituya una "Interpol europea de asuntos sociales" con la responsabilidad de coordinar las actividades de las Inspecciones de Condiciones Sociales de los diferentes Estados miembros. Si bien el CESE sobre el tema de la extinción del derecho de huelga, que es otra de las posibles soluciones propuestas destinadas a frenar el dumping social, en el marco del mercado interior europeo que se plantea en el “**Informe Monti**” se posiciona diciendo que efectivamente acabar con el derecho de huelga solucionaría parte de la problemática del desplazamiento de trabajadores en relación con el dumping social, sin embargo como contrapartida ya anuncia la necesidad de mejorar y revisar la Directiva 96/71 con el objeto de cumplir al máximo con el principio de aplicación de las condiciones laborales del lugar de trabajo y plantea la necesidad de reforzar los derechos sociales fundamentales, y por lo tanto lograr desarrollar esta propuesta conllevaría entrar de nuevo en conflicto con el criterio del TJCE sobre la concepción de la U.E. principalmente como una unión económica. Para lograr reforzar estos derechos sociales fundamentales el CESE señala que es imprescindible la limitación de cualquier restricción, haciendo primar los derechos fundamentales sobre las libertades económicas conforme a la Jurisprudencia del TEDH contradiciendo así la postura del TJCE sobre este conflicto, señalando además la necesidad fortalecer la dimensión social reformando el Derecho primario de la U.E.

CAPÍTULO III: LA DIRECTIVA 67/2014 COMO REFUERZO PARA LA EFECTIVIDAD PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA 96/71

1.- FINALIDAD DE LA NORMA Y MECANISMOS.

El objeto de esta Directiva, como señala su art.1, es establecer un marco común de un conjunto de disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados que son necesarios para una mejor y más uniforme transposición, aplicación y cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE.

También incluye la presente Directiva medidas para prevenir y sancionar las conductas que infrinjan la Directiva 96/71, siendo los destinatarios de la misma los Estados Miembros, conforme al art.26 de esta Directiva 67/2014.

No obstante, el preámbulo de la Directiva señala que tales medidas para lograr la efectividad de la Directiva 96/71 que serán llevadas a cabo en los Estados miembros deberán estar justificadas y ser proporcionadas, de modo que no se generen cargas administrativas ni se limite el potencial de las empresas.

Este elemento de proporcionalidad es una constante en el ámbito comunitario, como se puede ver en el caso **Viking**, donde el TJCE señala que las medidas adoptadas por el sindicato finlandés "FSU" son desproporcionadas al generar una situación de menor interés de establecimiento por la mercantil Viking en Estonia, lo cual entiende el Tribunal que va en contra del objetivo comunitario de eliminación de barreras para el establecimiento de empresas, y que va en contra del derecho de establecimiento reconocido en el art.43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Como conclusión decir que el TJCE es muy estricto en marcar los límites que no se pueden superar para vulnerar el libre establecimiento

y que toda aplicación de medidas, ya sean de esta Directiva 67/2014 ya sean de otro origen (como es en este caso Viking, medidas legítimas del ámbito nacional, esto es el derecho de huelga), deben ser aplicadas de forma adecuada a la situación de que se trate y nunca superando el justo equilibrio entre dicha situación conflictiva el derecho de establecimiento.

De la misma forma, la Directiva 67/2014 en relación a la jurisprudencia del TJCE, señala que las medidas concretamente adoptadas por los Estados Miembros (formalidades administrativas y medidas de control) deben ser proporcionales al fin perseguido y en función del interés general, y adoptadas solo en caso de que medidas menores no garanticen el correcto cumplimiento de las condiciones laborales que marca la Directiva 96/71, o bien en el caso de que las autoridades competentes (como podría ser un sindicato) no puedan desempeñar correctamente sus funciones.

Precisamente a esto hace incluso referencia el art.1 de la Directiva 67/2014 que señala que la finalidad de la misma es la de garantizar que se respete un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, es decir el respeto del núcleo duro de la Directiva 96/71 en el Estado Miembro de destino; no obstante, reconoce también la necesaria compatibilidad de lo anterior con el buen funcionamiento del mercado interior facilitando la libre prestación de servicios.

2.- LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA POR MEDIO DE LA COOPERACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Es necesario profundizar en el concepto de desplazamiento y lograr una interpretación

uniforme en los distintos Estados Miembros con el objeto de velar por la eficacia de la Directiva 96/71 y evitar el mal uso de la libre prestación de servicios por parte de las empresas. Para ello es importante la cooperación entre el Estado Miembro de acogida con el Estado de establecimiento de la empresa desplazante, de tal forma que entre ambos logren una definición de la temporalidad a través de los elementos fácticos que lo rodean, esto es la precisión de aquellos elementos que se producen en el desarrollo de la actividad económica de las empresas desplazantes por los que en base a los mismos se llegue al conclusión consensuada entre el Estado de origen y de destino de que en esa situación se produce efectivamente un desplazamiento de carácter temporal de trabajadores. Así como asegurarse que dicha empresa está efectivamente establecida en el Estado de establecimiento y que la misma realiza actividades sustantivas, y no meramente administrativas o de gestión interna.

La cooperación de todas las instituciones y agentes para lograr la eficacia de la Directiva 96/71 es de vital importancia para la Directiva 67/2014, así llama a la cooperación a la Comisión con los Estados miembros, a las autoridades regionales y locales, y también a inspectores de trabajo e interlocutores sociales, y siempre cumpliendo con la normativa de protección de datos. De esta forma y al igual que lo entendía la propia Directiva 96/71 es necesario la cooperación y así, en ese contexto, esta Directiva 67/2014 enmarca las medidas que garantizan la eficacia de dicha normativa.

De hecho la Directiva 67/2014 establece un obligación de cooperación entre los Estados miembros, prestándose entre estos asistencia mutua sin demoras injustificadas respondiendo a las peticiones motivadas de información que formulen las autoridades competentes, así como comprobando, inspeccionando e investigándose las situaciones de desplazamiento; o bien atendiendo las solicitudes de documentos. Y para el caso de que se plantearan problemas respecto a lo anterior el Estado Miembro requerido deberá comunicarlo al requirente para buscar una solución alternativa, conforme al art.6.5 de la Directiva; de no ser así se adoptarían las medidas oportunas. Ante cualquier irregularidad observada por cualquier Estado Miembro deberá ser informado sin demora el Estado afectado.

Para lograr dicha cooperación la Directiva obliga a los Estados Miembros a garantizar que las empresas pongan la información relevante al respecto en manos de las **autoridades competentes**. Así como deben garantizar el acceso de las autoridades del resto de Estados miembros a los registros donde figuren las empresas en cuestión, si bien esto no impedirá que las autoridades de origen actúen conforme a Derecho. Además dicha información solo podrá usarse para los fines solicitados.

La Directiva señala unos **plazos** en función de la materia en el art.6.6, de tal forma los plazos pueden ir desde los 2 días por ejemplo para la confirmación del registro del IVA hasta los 25 días para otras solicitudes, pudiendo los Estados alargar dicho plazo de común acuerdo.

Las autoridades del Estado de acogida pueden dirigirse a las autoridades del Estado de origen con el fin de obtener información sobre la legalidad del establecimiento del prestador de servicios y de su buena conducta, así como de la ausencia de infracciones de las normas aplicables.

Para hacer más eficaz esta cooperación, la Directiva permite a los Estados Miembros adoptar medidas de acompañamiento con la colaboración de la propia **Comisión**. De tal forma se pretende mejorar la colaboración entre los funcionarios de los Estado Miembros. Con la misma misión puede la Comisión apoyar económicamente la formación de dichos funcionarios, o bien la de los interlocutores sociales, o promover la mejora de los sistemas informáticos, o recopilando información por ella misma. Así como puede la Comisión junto con los Estados Miembros apoyar las iniciativas planteadas por los interlocutores sociales, tanto a nivel nacional o de la Unión.

3.- EL SEGUIMIENTO DE LOS DESPLAZAMIENTOS PARA EVITAR EL FRAUDE A LA NORMA A TRAVÉS DE LA INSPECCIÓN. APLICACIÓN DE OTRA NORMATIVA PARA EVITAR EL FRAUDE.

El preámbulo de la Directiva hace un llamamiento a los Estados Miembros para seguir de cerca los desplazamientos con el objetivo de descubrir casos de falsos autónomos que podría darse para eludir la normativa. Así como señala la necesidad de **inspecciones** eficaces para descubrir el trabajo no declarado en el contexto del desplazamiento, dando el Estado a la empresa al terminar la inspección un documento que recoja toda la información pertinente. Para que la inspección sea eficaz es necesario contar con inspectores, interlocutores sociales y todos los organismos pertinentes, así como es un deber del Estado en pro de la eficacia de la inspección disponer del personal adecuado, con las competencias y cualificaciones necesarias, y además no generar retrasos indebidos cuando el Estado de acogida o el de desplazamiento soliciten información.

Dicha inspección será responsabilidad del Estado de acogida, pudiendo pedir cooperación al Estado de origen en su caso. Si bien los Estados de establecimiento del prestador de servicios también tienen una misión garante, adoptando las medidas oportunas y desarrollando el seguimiento de conformidad al Derecho y los procedimientos administrativos nacionales. No obstante, este deber de seguimiento de los Estados Miembros, puede **excepcionalmente** hacerse por los interlocutores sociales, agentes y otros organismos, siempre que logren la misma eficacia que el Estado y realicen esta labor de forma objetiva y no discriminatoria, acudiendo en esta labor a la cooperación y al intercambio de información.

Estas inspecciones serán **llevadas a cabo por las autoridades nacionales competentes**, a través de una evaluación de riesgos para detectar los sectores en los que se concentran el fenómeno de los trabajadores desplazados, para ello se tendrá en cuenta especialmente factores como la realización de grandes proyectos de infraestructuras, la existencia de largas

cadena de subcontratación, la proximidad geográfica,...

En estas inspecciones imperan de nuevo los **principios de proporcionalidad y de no discriminación**. Por lo que dichas inspecciones deberán efectuarse con un criterio objetivo, puesto que el TJCE en el caso **Viking** ya rechazó algunas medidas que buscaban el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 96/71 por ser discriminatorias, ya que implicaban dar el mismo trato a empresas que tenían firmado un convenio que a las que no lo tenían. El TJCE dice que solo cabe discriminación por razón de orden público, seguridad pública y salud pública.

De la misma forma que impera de nuevo en estas inspecciones la **obligación de cooperación** entre los Estados miembros para llevarlas a buen puerto.

La Directiva en su art.10.5 afronta la situación de Estados en los que las inspecciones no tengan competencias de seguimiento y de control, y les permite adoptar **disposiciones y procedimientos distintos** siempre que respeten lo establecido por la Directiva 96/71 y la Directiva 67/2014.

También la Directiva señala, en el preámbulo, que para los casos de desplazamientos que en realidad no lo son propiamente dichos se les aplique la normas que protejan sus derechos laborales y que impidan la negociación de los mismos, sería el caso del **Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Convenio de Roma (Roma I)**.

4.- LA INFORMACIÓN DISPONIBLE COMO MEDIO PARA GARANTIZAR LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71.

4.1 Disponibilidad y materia informativa.

La información, y en concreto la información sobre las condiciones de trabajo, es fundamental, por ello los Estados Miembros deben hacer pública de forma gratuita la información de que dispongan a través de una página web oficial para que se accesible por los interesados (art.5). Haciendo públicos y accesibles de esta forma los convenios colectivos que recojan condiciones de empleo. Así como el Estado de acogida debe informar, en concreto, a los trabajadores desplazados al mismo sobre el Derecho y las prácticas nacionales aplicables.

En concreto el art.5.4 de la Directiva 67/2014 establece una materia fundamental a recoger en esta información, así señala expresamente que en ella se recojan cuantías de salario mínimo y sus conceptos constitutivos, el método utilizado para calcular la remuneración y, en su caso, los criterios cualitativos de clasificación en las diferentes categorías salariales. Esto es debido a que estos aspectos son determinantes en los desplazamientos de trabajadores.

Además las empresas deben dejar constancia de la identidad de los trabajadores desplazados para permitir los controles materiales en el lugar de trabajo, así como de cualquier cambio que pueda surgir. Esto deberá reflejarlo en la declaración efectuada por la misma empresa. Así como establece en el art.5.5 la obligación de los Estados Miembros de indicar los órganos y las autoridades a los que puedan dirigirse los trabajadores y las empresas para solicitar información general acerca de la normativa y las prácticas nacionales que les son aplicables en relación con sus derechos y obligaciones dentro de su territorio.

Toda esta labor de información y cooperación, conforme al art.21 de la Directiva, se pondrá

en práctica a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), creado por el Reglamento nº 1024/2012 de la UE.

4.2 Competencia de las autoridades nacionales y sus funciones en relación a la información recabada.

La forma de intercambiar información será a través de los centros de enlace que señala el art.4 de la Directiva 96/71. La Directiva 67/2014 define como autoridad competente a la autoridad u órgano que pueden incorporar dichos centros y encarga de designar a los mismos a los Estados Miembros, debiendo los Estados Miembros comunicar los datos de contacto a las autoridades competentes de la Comisión y al resto de los Estados Miembros.

En sus labores estas autoridades deben hacer una evaluación de los elementos fácticos que deberán valorar en el caso de trabajadores desplazados que puedan hallarse en condiciones contrarias a lo dispuesto por la Directiva 96/71, conforme al art.4 de la Directiva 2014/67, dicha valoración deberá ser del caso concreto y sin que la ausencia de alguno de los elementos suponga que no exista desplazamiento. Dichos elementos deben servir a estas autoridades para dirimir cuándo una empresa está realizando actividades sustantivas o simplemente administrativas o de gestión interna (sería contrario a lo dispuesto por la Directiva 96/71) aplicando dichos elementos en un periodo de tiempo largo. Estos elementos son enumerados por el art.4.2 de la Directiva, consistiendo algunos de ellos en: el lugar donde la empresa tiene su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social; el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza; el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo;...

Por otro lado, estos elementos fácticos son necesarios para saber si un trabajador desplazado

realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja. Para esto el art.4.3 señala otra lista de elementos fácticos a tener en cuenta, algunos de ellos son: si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro; la fecha de inicio del desplazamiento; la naturaleza de las actividades; los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado.

Para determinar si el trabajador tiene la condición de trabajador como tal según el Derecho nacional (art.2.2 de la Directiva 96/71) las autoridades tendrán, conforme al art.4.5 de la Directiva 2014/67 en cuenta el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador para valorar tales situaciones a través de los elementos fácticos anteriores.

5.- PROTECCIÓN JUDICIAL DEL TRABAJADOR.

Con la misma finalidad de lograr la efectividad de la Directiva 96/71, la Directiva 67/2014 señala la necesidad de generar un mecanismo de reclamación o de emprendimiento de acciones, sin perjuicio de lo ya establecido por la normativa nacional, por parte de los trabajadores, bien directamente o a través de terceros designados al efecto.

Así, en el art.11, la Directiva obliga a los Estados Miembros a que garanticen que los trabajadores afectados por incumplimientos de la propia Directiva 67/2014 o bien de la Directiva 96/71 puedan acceder, aún después de haber finalizado la relación laboral, a mecanismos eficaces para presentar directamente denuncias contra sus empleadores, y que tengan derecho a iniciar procedimientos judiciales o administrativos también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados, siendo protegidos desde ese momento de cualquier reacción perjudicial por parte del empleador. Aunque deberá respetarse la competencia judicial internacional del nuevo Reglamento de Bruselas

1215/2012, si bien no obstante esto no resulta perjudicial para los trabajadores pues este reglamento aplica reglas de protección para los trabajadores, de tal forma que supone más bien un valor añadido al ejercicio de sus derechos.

En concreto la Directiva obliga expresamente a los Estados miembros a hacerse cargo de que el empleador cumpla con lo que proceda a causa de la relación contractual con el trabajador desplazado, tanto remuneraciones netas pendientes, atrasos o los reembolsos de impuestos o cotizaciones a la seguridad social retenidos indebidamente de sus salarios, reembolso de los costes excesivos, en relación con la remuneración neta o con la calidad del alojamiento, retenidos o deducidos de los salarios en concepto del alojamiento proporcionado por el empleador, o en su caso, las cotizaciones del empleador adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales retenidas indebidamente de sus salarios

Dichas acciones y procedimientos también podrán iniciarse por los sindicatos, asociaciones,... en nombre o bien simplemente en apoyo de los trabajadores y de los empleadores en base siempre al Derecho nacional.

Por otro lado, la Directiva aplica ciertas limitaciones a este ejercicio de derechos. Deberá respetarse los plazos de prescripción del Derecho nacional, no obstante si estos plazos suponen la imposibilidad de lograr hacer efectivos estos derechos laborales se ignorarán. Por lo tanto es un especie de respeto de la legalidad vigente en cada Estado pero con otro límite a dicho ordenamiento jurídico nacional, dando lugar a una excepción en favor del trabajador que haya visto vulnerados sus derechos laborales. La Directiva amolda el sistema de ejercicio de acciones a un terreno favorable, en el fondo, para el trabajador pero a la vez que no suponga un privilegio por encima de la ley estatal, pues además deben respetar lo dispuesto por la misma en cuanto a la postulación procesal.

En cuanto a garantizar la correcta remuneración del trabajador, la Directiva 67/2014 se asegura de que solo puedan descontarse de sus remuneraciones los complementos por desplazamiento cuando la normativa nacional lo recoja de esa manera.

6.- EL ESPECIAL RIESGO DE LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN.

La cadenas de subcontratación son un caso especialmente peligroso para la aplicación de la Directiva 96/71, por lo que la presente Directiva hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas especiales de acuerdo a las normativas nacionales, señalando por ejemplo la responsabilidad directa de las subcontratistas junto o en sustitución de la del empleador para el caso de remuneraciones pendientes de pago amparadas en el núcleo duro (salario mínimo) o a cotizaciones debidas a fondos o a instituciones. Esto sin perjuicio de otras medidas que la legislación nacional pudiera adoptar mejorando lo dispuesto por ella en beneficio del trabajador y permitiendo a estos aplicar normativas más estrictas para casos de subcontratación, sin embargo respecto a éstas la Directiva obliga a los Estados Miembros a que deban eximirse de responsabilidad o limitarse la misma a contratistas o subcontratistas para el caso de que hubieran actuado con la diligencia debida.

En este sentido la Directiva, en su art.12, permite adoptar medidas adicionales a los Estados Miembros en cumplimiento de esa protección especial en las subcontrataciones, estableciendo expresamente que el trabajador desplazado pueda hacer responsable, siempre en el marco de la relación contractual que les une, al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios.

Todas estas medidas se harán públicas y serán comunicadas a la Comisión para garantizar el marco de comunicación, cooperación e información que esta Directiva diseña.

Condición especial tienen las actividades relacionadas con la construcción que figuran en el Anexo de la Directiva 96/71, ya que hay que pensar que en éstas es donde con más frecuencia se acude a la subcontratación, de tal forma que la Directiva 67/2014, además de señalar que los trabajadores desplazados puedan hacer responsable del respeto de sus derechos recogidos en el núcleo duro al contratista del que el empleador sea subcontratista directo, además del empleador o en su lugar; también podrán en sustitución de lo anterior y para casos en los que los trabajadores no puedan hacer valer sus derechos, sanciones efectivas y proporcionadas para combatir el fraude y los abusos que en dichas situaciones puedan darse. Dichas medidas serán comunicadas a la Comisión señalando los elementos que establezcan la responsabilidad en las cadenas de subcontratación, y en el caso de haber sustituido las medidas señaladas por la Directiva por otras deberán comunicar a la Comisión la eficacia de las mismas. De esta forma la Comisión lo comunicará al resto de Estados Miembros, quien además deberá velar especialmente por la correcta aplicación de todas las medidas llevadas a cabo por los Estados en base a lo dispuesto por esta Directiva 67/2014.

7.- LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA COMO GARANTÍA Y EL PROBLEMA DE SU EJECUCIÓN TRANSFRONTERIZA.

7.1 La sanción: Competencia, aplicación y fundamento.

La Directiva 67/2014 establece la necesidad de que los Estados Miembros adopten sanciones administrativas en orden a hacer cumplir la Directiva 96/71. Sin embargo, y consciente del problema generalizado que supone el cobro transfronterizo de sanciones y multas administrativas, señala que es necesario una normativa común que permita superar estas dificultades para la correcta aplicación de la Directiva 96/71. Debiendo reconocerse el cobro de estas sanciones por los Estados Miembros en pro del principio de confianza mutua que impulsa el proyecto de la UE en múltiples campos, y en concreto en los sistemas de

reconocimiento de documentos, entre los Estados Miembros. Incluso señala la Directiva 67/2014 la posibilidad de crear un título de ejecución en esta materia que acompañe o sustituya al instrumento que permita la ejecución de tales sanciones transfronterizas. Si bien esto es un simple objetivo que señala la Directiva 67/2014, pues también señala que no consiste su misión en tratar materias de cooperación judicial o de reconocimiento y ejecución.

Estas sanciones administrativas son reguladas por el Capítulo IV de la Directiva 67/2014, así el art.13 señala que sin perjuicio de los instrumentos jurídicos como el Reglamento de Bruselas 1215/2012 este capítulo tratará la ejecución fronteriza de dichas sanciones a través los principios de la asistencia y el reconocimiento mutuos, así como de las medidas y los procedimientos que el mismo capítulo establece.

Dichas sanciones serán establecidas por los propios Estados miembros ante el incumplimiento de sus normativas nacionales que transponen la Directiva 96/71, por lo que el régimen sancionador es el establecido por los Estados miembros, si bien estos deberán comunicárselo a la Comisión.

Por otro lado, la propia Directiva 67/2014 entiende que su aplicación debe ser adecuada a lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De la misma forma entiende que su aplicación se debe a que la misma debe establecer un sistema común de medidas y mecanismos a través de los **principios de proporcionalidad y de subsidiariedad**, debido a que dicha labor de garantizar la eficacia de la Directiva 96/71 es dificultosa de llevar a cabo por los Estados miembros por su cuenta debido a la dimensión y los efectos de dicha labor, por lo tanto es más eficaz llevar a cabo dicha labor a nivel de la Unión.

7.2 Gestión de la ejecución transnacional de la sanción.

La gestión de estas sanciones se iniciará a través de un instrumento firme en el que se reflejará la petición de cobro de una sanción o multa administrativa por la autoridad competente del Estado Miembro.

Una vez recibida la petición por la autoridad de recepción, ésta lo comunicará al prestador de servicios en el plazo máximo de un mes desde la recepción. Además dará cuenta al solicitante del curso seguido y del estado actual en el que se encuentra la solicitud, así como el motivo de denegación o de no notificación. Ya que las autoridades de recepción podrán denegar la petición, conforme al art.17 de la Directiva, si no se cumple con los requisitos documentales anteriormente descritos, o porque está incompleta o no corresponde manifiestamente a la resolución subyacente, o porque los costes del cobro son desproporcionados, o porque la cuantía reclamada es inferior a 350€, o bien por vulneración de derechos fundamentales o de principios jurídicos.

Pero de no ser éste el caso de denegar la petición, y de conformidad con el art.15 de la Directiva, la autoridad de recepción podrá, notificando la resolución u otros documentos relacionados, cobrar la sanción que no sea susceptible de recurso y que hayan sido impuestas por una autoridad competente o confirmadas por un órgano administrativo o jurisdiccional.

Para proceder al cobro es necesario que la petición se ajuste al Derecho nacional del Estado de la autoridad peticionaria, así como solo cabrá en el caso de que esta autoridad no pueda efectuar dicho cobro por ella misma, además dicha sanción o el instrumento en el que se basa deben ser firmes en el Estado peticionario. Ya que, conforme al art.18 de la Directiva 67/2014, el recurso de la sanción o de la demanda subyacente dará lugar a la suspensión del procedimiento de ejecución transfronteriza hasta la resolución por el órgano competente, el cual será el del Estado peticionario para el recurso de la sanción o de la demanda subyacente, en cambio será el del Estado receptor cuando el litigio sea sobre las medidas de ejecución

adoptadas por el Estado receptor o por la validez de la notificación emitida por la autoridad receptora.

Dándose todos los requisitos la autoridad receptora está facultada para reconocer sin más formalidad y tomar inmediatamente todas las medidas necesarias para su ejecución. Si bien para el cobro como para la notificación se llevará a cabo conforme al Derecho del Estado receptor. Teniendo dicha notificación de cobro de sanción el mismo efecto que si lo hubiera efectuado el propio Estado receptor.

8.- LA ENUMERACIÓN DE LAS MEDIDAS COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN DEL MERCADO ÚNICO.

La Directiva 67/2014 incide de nuevo, en su art.9, en la proporcionalidad y en la justificación de las medidas adoptadas para hacer cumplir la Directiva 96/71. Esto persigue defender el objetivo principal de la Unión Europea que es el mercado único.

Para lograr esto la Directiva 67/2014 enumera una serie de medidas a ser adoptadas por los Estados Miembros en el art.9.2, destacando entre otras el establecimiento de la obligación para el prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración simple a las autoridades nacionales competentes responsables que contenga la información pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo; además otras como obtener la identidad del prestador de servicios; señalar el número previsto de trabajadores desplazados claramente identificables; señalar la duración previsible y las fechas previstas del comienzo y de la finalización del desplazamiento; señalar la dirección o direcciones del lugar de trabajo, precisar la naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento; la obligación de designar una persona para que sirva de enlace

con las autoridades competentes; etc...

No obstante esta lista no es cerrada y el apartado 3º del art.9 permite ampliarla si dichas medidas fueran insuficientes como consecuencia del surgimiento de nuevas situaciones o nuevos elementos.

Y de nuevo en virtud de la necesidad de facilitar información, los Estados Miembros comunicaran, a través de la página web, las medidas adoptadas a los prestadores de servicios, así como a la Comisión que se lo transmitirá al resto de Estados Miembros, conforme al art.9.5. De tal forma que la Comisión podrá controlar las medidas adoptadas por los Estados Miembros.

9.- TRANSPOSICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA DIRECTIVA 67/2014.

Finalmente la Directiva 67/2014 en su art.23 establece la obligación de transposición para los Estados Miembros con fecha límite de 18 de Junio de 2016, teniendo que informar a la Comisión sobre esto y sobre las principales medidas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva 67/2014.

La Directiva en el art.24 hace alusión a la revisión tanto de la aplicación como de la implementación de la Directiva 67/2014, encargándole tal misión a la Comisión quien deberá realizarla consultando a los Estados Miembros e interlocutores sociales, y a éstos sobre varios temas enumerados por el art.24 como la necesidad y procedencia de los elementos fácticos

identificativos de los desplazamientos reales, la adecuación de los datos disponibles en relación con el proceso de desplazamiento, o la procedencia y adecuación de la aplicación de medidas de control nacionales, etc...

CAPÍTULO IV: REGULACIÓN DEL DUMPING SOCIAL EN ESPAÑA. LA TRANSPOSICIÓN POR LA LEY 45/1999.

1.- ORIGEN, NATURALEZA Y ESTRUCTURA.

La ley 45/1999 transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71, debido a que el ordenamiento jurídico español (Código Civil, Estatuto de los Trabajadores,...) no garantiza que a los trabajadores desplazados de otro Estado Miembro les sean aplicados los derechos laborales recogidos en el ordenamiento español cumpliendo así con la exigencia de la propia Directiva 96/71 de aplicar un núcleo duro de derechos laborales a los trabajadores desplazados extrayendo dicho núcleo de la legislación del país de acogida, en este caso España.

Esta transposición se hace por una norma con rango de ley porque el TJCE exige que el instrumento que se use para la transposición de las Directivas sea igual que el que regule estas materias en el ordenamiento jurídico nacional.

La ley tiene dos partes claramente diferenciadas, por un lado está integrada por el grueso del articulado en el que se incluye las disposiciones propiamente referidas a la prestación de servicios en el ámbito transnacional; por otro lado, y a través de la Disposición Final 1ª de la Ley, establece una modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio de 1994, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

2.- OBJETO. ÁMBITO DE APLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE APLICACIÓN EXTRACOMUNITARIA DE UNA DIRECTIVA.

El Capítulo I es de aplicación a toda la norma, por un lado establece en el art.1 el **objeto** de la ley que literalmente es: *"establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo"*, dichos empresarios deberán proceder para la aplicación de esta ley de Estados Miembros o bien de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, quedando excluidas empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante (Sentencia del TJCE de 17 de Marzo de 1993 en el asunto Sloman Neptum). Si bien para la aplicación de la misma será necesario que el objeto del desplazamiento sea la prestación de un servicio transnacional, no podrá aplicarse si su objeto es actividades formativas puramente dichas.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional 4ª de esta ley permite su aplicación a empresas no comunitarias que quieran prestar sus servicios en España. Con esto se trata de evitar un trato de preferencia para las empresas de terceros países fuera del territorio de la UE. Esto implica curiosamente que a trabajadores extracomunitarios se les aplica a través de la ley 45/1999 una disposición comunitaria, beneficiándose del principio de libre circulación de trabajadores.

Si bien, la base para la aplicación de esta norma está en la condición de comunitaria de la empresa desplazante, no en la nacionalidad del trabajador desplazado, puesto que es posible compatibilizar el régimen legal de extranjería nacional con la libertad de circulación de trabajadores comunitaria, ya que conforme a las Sentencias del TCJE de 9 de marzo de 1999 en el asunto de Centros y de 27 de septiembre de 2001 en el asunto de Gloszczuk el Derecho Comunitario no puede servir para defraudar el Derecho nacional, ni el Derecho nacional puede prescindir de lo dispuesto por la normativa comunitaria.

Además la norma también afecta, como dispone la Disposición Adicional 1ª a las empresas españolas que desplazan fuera temporalmente a sus trabajadores que deberán respetar la legislación del país de acogida conforme a la Directiva 96/71.

3.- LA PRECISA TRANSPOSICIÓN DE CONCEPTOS CLAVE PARA LA EFECTIVIDAD DE LA DIRECTIVA 96/71.

El art.2 de este Capítulo I realiza dos definiciones clave, por un lado dice qué entiende la ley por **desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional** y dice que es el efectuado a España por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley durante un período limitado de tiempo, bien desplazando un trabajador a una empresa con establecimiento en España por cuenta y bajo la dirección de la desplazante para la ejecución de un contrato entre la desplazante y la de acogida; o bien el simple desplazamiento de un trabajador de la empresa desplazante extranjera a un centro de trabajo perteneciente a la misma sito en España; o bien el desplazado por una empresa de trabajo temporal establecida en otro Estado Miembro para prestar sus servicios en una empresa establecida en España, o aunque la empresa usuaria esté establecida en el extranjero si ésta desplaza a dicho trabajador a España en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Por otro lado, este art.2, define el concepto de **trabajador desplazado** y dice que es aquel que *"cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento"*.

Hay cierta similitud entre estos dos artículos de este Capítulo I de la ley 45/1999 y los dos primeros artículos de la Directiva 96/71, cosa que es habitual en las leyes que transponen Directivas para lograr la consecución de los objetivos dispuestos por estas últimas, con la diferencia de que la Directiva 96/71 no señala concretamente la necesidad de la existencia de una relación laboral entre la empresa desplazante y el trabajador desplazado durante el periodo de desplazamiento en la definición de trabajador desplazado.

4.- EL NÚCLEO DURO EN LA LEY 45/1999.

En el capítulo II se establecen las obligaciones de los empresarios que desplacen trabajadores a España desde otros Estados, de tal forma que el art.3 señala para estos empresarios las condiciones laborales que deben respetar conforme a la legislación española e independientemente de la ley aplicable al contrato, y sin perjuicio de la aplicación de condiciones más ventajosas para el trabajador. Este artículo efectivamente transpone el núcleo duro de la Directiva 96/71 por el que se establece la obligación para el empresario de respetar unas condiciones mínimas recogidas ya en el ordenamiento jurídico español, es decir, las normas españolas contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos y laudos arbitrales del ordenamiento jurídico español aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate, en cuanto al salario mínimo, el tiempo de trabajo, el trabajo de menores, la prevención de riesgos laborales, la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión, y el respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

Además de estas materias la ley 45/1999 amplía estas obligaciones para las empresas de trabajo temporal, las cuales deberán cumplir además lo dispuesto por la ley 14/1994 por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, respecto a la cesión de trabajadores a

empresas usuarias.

En el resto de los casos, excepto en los desplazamientos realizados por empresas temporales a empresas usuarias, si el desplazamiento no dura más de 8 días no será aplicable el núcleo duro en lo que se refiere a cuantía salarial y vacaciones retribuidas (similar al art.3.2 de la Directiva 96/71). Dicha duración se calculará en un período de referencia de un año a contar desde su comienzo, incluyendo, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido. Es decir, que no cabe la posibilidad de realizar desplazamientos periódicos por parte de la empresa desplazante de forma que ninguno de ellos dure más de 8 días y que por lo tanto logre la empresa realizar un servicio de un periodo superior a los 8 días pero sin aplicar lo dispuesto por la norma española para salarios y vacaciones retribuidas.

5.- EL SALARIO MÍNIMO APLICABLE EN ESPAÑA PARA TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.

Los empresarios desplazantes tienen la obligación de cumplir con una cuantía de salario mínimo que se recoge en las disposiciones legales españolas. Esta referencia es importante, ya que estas disposiciones legales españolas, como por ejemplo el Estatuto de los Trabajadores, son normas de interés general, de tal forma que puede incluirse lo dispuesto en ellas como parte del núcleo duro de la Directiva 96/71, ya que el TJCE, en el caso Rüffert, había denegado la aplicación del salario mínimo de un convenio colectivo alemán porque entendía que no estaba declarado de interés general.

Por otro lado es importante que existan unas disposiciones legales que fijen el salario mínimo

de forma expresa y clara, ya que el TJCE rechaza la imposición del respeto del salario a la empresa desplazante en base a normas que mejoren los salarios mínimos, puesto que el núcleo duro de la Directiva 96/71 expresamente se refiere a la aplicación de salario mínimo por parte del Estado de acogida.

Además y en relación a lo anterior, la ley 45/1999 define, en el art.4.1, qué es lo que se entiende por cuantía mínima del salario y los conceptos que en ella se incluyen.

De igual forma y para las empresas usuarias a las que se desplacen trabajadores para servicios transnacionales, el art.4.2 señala que tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo. Y señala los conceptos que en ella se incluyen. Esta disposición puede ser conflictiva, ya que el salario que refleja un convenio colectivo no tiene por qué ser salario mínimo fijado por norma de interés general, y para que opere lo dispuesto en el art.3.4 de la Directiva 96/71 que permite a los Estados adoptar excepciones en cuanto a la cuantía del salario mínimo a través de convenios colectivos tienen que estar estos catalogados como de interés general (son los aplicables a un territorio en concreto y dentro de éste a todas las empresas del mismo sector o profesión) , y además, conforme al art.8 de la Directiva 96/71, es necesario que el desplazamiento del trabajador no sea superior a 1 mes.

El art.3.4 precisa qué conceptos deben tenerse en cuenta a la hora de comparar el salario mínimo conforme a la norma aplicable al contrato y conforme a la disposición legal de España, y señala que deberán tenerse en cuenta en dicha comparación los complementos del desplazamiento, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención. Esta comparación puede ser importante de cara a determinar cuándo se están aplicando al trabajador condiciones laborales más beneficiosas.

6.- GARANTÍAS DE INFORMACIÓN Y COOPERACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 45/1999.

Conforme al art.5 de la ley 45/1999, es necesario antes del desplazamiento la comunicación por parte del empresario a la autoridad competente española en la materia, dicha comunicación deberá contener una serie de datos e informaciones que el art.5.2 especifica. Requisito reconocido como hecho probado y determinante en la Sentencia del TSJ de Andalucía 8009/2012, de 10 de Julio de 2012, en la que se hace referencia a las actas de inspección que aluden a esta falta de comunicación y como consecuencia resulta el desconocimiento por los inspectores de la realidad de los trabajos realizados por cada trabajador.

Dicha comunicación no será necesaria si el desplazamiento es por tiempo inferior a 8 días, excepto para las empresas de trabajo temporal. Al contrario, el régimen de comunicación de las empresas de trabajo temporal es más duro, pues además de comunicar lo señalado por el art.5.2 deberán expresar en la comunicación la acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para efectuar el objeto de su actividad y la precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición.

Dichas comunicaciones serán puestas en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por las autoridades competentes. Lo que es lógico puesto que son las encargados de la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la presente ley, conforme al art.8 de la ley, labor que ejercerán a través de la ley 42/1997 de 14 de Noviembre ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social.

Por otro lado, como dispone el art.6, los empresarios están obligados a depositar la documentación que se les requiera por las autoridades competentes en la oficina que corresponda.

El art.7 señala que es misión de la autoridad territorial comunicar al empresario que desplace trabajadores las condiciones laborales que deberán respetarse respecto de los mismos. También es labor de estas autoridades suministrar por cualquier medio la información que personas o entidades interesadas les puedan requerir, tanto órganos de información de otros Estados, como los propios trabajadores desplazados, etc...

En el art.9 se establece un marco de cooperación entre Administraciones locales y de otros Estados, desarrollándose tal cooperación de forma gratuita a través de la autoridad territorial y a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que serán los encargados de solicitar la ayuda o la información de otras Administraciones de otros Estados y a su vez de proporcionarles lo mismo cuando sea solicitado debidamente a las mismas, ya que dichas peticiones deberán ser justificadas.

Así mismo en este marco de cooperación es labor de las autoridades anteriormente dichas la puesta en conocimiento a otros Estados de las infracciones cometidas por las empresas desplazantes a España y que tengan su establecimiento en dichos Estados.

7.- SISTEMA SANCIONADOR EN LA LEY 45/1999.

7.1 Infracciones y sanciones: Su sistematización en el Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El capítulo IV regula las infracciones y sus tipos, así como los procedimientos judiciales. Sin embargo, el legislador con motivo de sistematizar y aclarar las infracciones administrativas en el orden social, ha promulgado el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 4 de Agosto del 2000 (RDL 5/2000), que deroga los art.10 a 13 de la Ley 45/1999.

Por lo tanto para determinar el concepto de infracción laboral que la Ley 45/1999 regulaba en su art.10 ahora hay que atender a los señalado por el Texto Refundido en su art.5, donde señala cuáles son las conductas de los sujetos responsables contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional, de trabajo temporal y de inserción socio-laboral. Estos sujetos responsables estaban precisados por el art.11 de la Ley 45/1999. Ahora el Texto Refundido lo determina en el art.2, donde enumera una serie de sujetos a los que atribuye responsabilidades por materias a cada uno.

Respecto a las infracciones de las condiciones de trabajo que la ley 45/1999 regulaba en el art.12, ahora el Texto Refundido las regula en el art.10 y 10.bis de la Subsección 3ª del Capítulo II, dichas infracciones las clasifica de leves a muy graves y por materias, como por ejemplo los defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional que dependiendo del tiempo o de la forma (falsedad) será más o menos grave. Así como regula también de esta forma, entre grave y muy grave según las circunstancias, la transgresión de los derechos de reunión de la comisión negociadora.

Por otra parte el art.14 sanciona a los infractores con infracciones muy graves como la prohibición de contratar con la Administración y para ello remite a la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.

7.2 La especialidad del foro judicial.

El art.15 y el art.16 junto con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, otorgan la competencia para esta clase de cuestiones litigiosas recogidas en esta ley a los órganos jurisdiccionales del orden social para los casos de desplazamientos de trabajadores a España, sin embargo deberá respetarse la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 (“Bruselas II”); y el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (“Convenio de Lugano”). Siendo la norma supletoria a lo anterior la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, conforme al art.17.

Esta ley no afecta a la normativa de extranjería relativa a la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento; conforme a la Disposición Adicional Quinta.

8.- MODIFICACIONES A LA NORMATIVA EXISTENTE SOBRE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL PARA LOGRAR LA APLICACIÓN DE LA LEY 45/1999.

Por otro lado, la disposición final primera de la Ley introduce modificaciones en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Esto es necesario para adaptar la posibilidad de desplazamiento de trabajadores por empresas de

trabajo temporal a empresas usuarias españolas. De tal forma modifica los requisitos que vienen a señalar que es necesario que las empresas de trabajo temporal estén válidamente constituida y reúnan los requisitos de conformidad con la legislación del Estado de establecimiento; deberá formalizarse contrato por escrito y de conformidad con el capítulo II de la Ley 45/1999; además deberá respetar lo dispuesto en esta ley y lo establecido por ella para las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados. Modifica el art.23 que viene a decir que las empresas usuarias solo podrán contratar con las de trabajo temporal extranjeras cuando éstas cumplan los requisitos anteriores.

Después modifica los art.24 y 25 sobre las infracciones y las sanciones a empresas de trabajo temporal.

Modifica el art.26 que recoge la situación inversa, donde la empresa de trabajo temporal es española y la usuaria la extranjera. De tal forma que obliga a estas empresas a respetar la normativa laboral del país de destino extranjero conforme a la Directiva 96/71 rigiéndose el contrato por el capítulo II de ésta ley. Y modifica el art.27 que regula las infracciones y sanciones a este efecto.

CAPÍTULO V: LA PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS TRANSFRONTERIZAS Y EL DIÁLOGO SOCIAL TRANSNACIONAL DE 15 DE JULIO DE 2013.

1.- LA NECESIDAD DE UNA NORMATIVA SOCIAL TRANSNACIONAL EN EUROPA.

Una de las cuestiones más esperadas es la respuesta comunitaria sobre la negociación colectiva transnacional que solucione los problemas reflejados en la Jurisprudencia del TJCE en el caso **Vaxholm**, donde el sindicato sueco (MBL) argumentaba que una empresa extranjera no podía invocar un convenio colectivo de su Estado de origen en el Estado de acogida, ya que "Laval" (empresa letona) quería aplicar su convenio colectivo que le era mucho más rentable en costes laborales en Suecia donde había desplazado a 35 trabajadores, debido a que tenía un contrato en dicho país; puesto que conforme a la Directiva 96/71 las normas laborales aplicables serían las suecas, sin embargo en Suecia no hay normas para el salario mínimo sino que éste se establece por convenio colectivos. El TJCE determina que dicha situación planteada por el MBL sueco sería discriminatoria ya que se aplica para situaciones distintas el mismo trato, puesto que la empresa que tiene firmado el convenio le dan el mismo trato que las empresas suecas que no tienen firmado ningún convenio. Cuando y sin embargo el TJCE en su Sentencia de 3 de Julio de 1979, en el asunto Van Dam, había dicho que el simple hecho de la aplicación indiferenciada de una determinada práctica jurídica no podía considerarse discriminatorio. El TJCE continúa diciendo que solo cabe discriminación por razón de orden público, seguridad pública y salud pública; y que esto no se da en el sistema de lucha contra el dumping social del MBL sueco (medidas de conflicto colectivo) que tratan de facultar a los sindicatos suecos a obligar a todos los empresarios en Suecia a respetar las normas laborales suecas y fomentar la competencia leal entre ellos. Es decir, el TJCE entiende que esto no es razón de orden público para justificar la discriminación.

En esta sentencia del TJCE sobre el caso Vaxholm queda reflejada la problemática de la aplicación transfronteriza de convenios colectivos, debido a que estos son de carácter nacional y por tanto solo aplicables dentro de las fronteras del Estado de origen.

Cada vez es más necesario que exista una política laboral transfronteriza debido a las nuevas estrategias empresariales de concentración de la producción, prolongación de la cadena de montaje y la búsqueda constante de reducir los costes laborales. En esta propuesta el Parlamento trata de abordar este tipo de problemas.

Es sorprendente, dada la ausencia de normas jurídicas, y teniendo en cuenta la diversidad de normas y el cúmulo de problemas que ello conlleva, que se hayan celebrado tantos convenios colectivos transnacionales.

En tanto que la Comisión ha incluido en su base de datos cerca de 215 textos correspondientes a 138 empresas, que afectan a más de 10 millones de trabajadores, BUSINESSSEUROPE considera que solo 100 empresas domiciliadas en Europa han celebrado tales convenios. La Confederación Europea de Sindicatos (CES) ha registrado unos 220 textos de diferente tipo (convenios, actas, declaraciones), que han sido celebrados por 138 empresas. Afectan a nivel mundial a más de 10 millones de trabajadores, pero se consideran en cerca del 85 % convenios europeos debido a su ámbito geográfico de aplicación.

Como explica la Propuesta en la exposición de motivos, los anteriores datos nos demuestran cómo ha habido una creciente transnacionalización de las relaciones laborales en Europa. Las normativas en este ámbito acordadas originalmente en Europa han impulsado el desarrollo de disposiciones jurídicas, por ejemplo las directivas sobre el comité de empresa europeo, la participación de los trabajadores en la sociedad europea (SE), el desplazamiento de los trabajadores y la información y consulta de los trabajadores.

Esta propuesta se refiere a los convenios transnacionales europeos que se celebran entre los sindicatos y las asociaciones europeas de sindicatos, y por las empresas individuales y las patronales europeas. El objetivo de la Propuesta es reforzar el diálogo social europeo y transnacional y la negociación colectiva transfronteriza. Para ello propone que la Comisión pueda determinar la necesidad de establecer un marco jurídico europeo facultativo para garantizar mayor seguridad jurídica, por otro lado incrementar la transparencia, reconocer la autonomía de las partes negociantes, como la previsión de los efectos jurídicos y aplicables para acuerdos de conformidad de esas disposiciones marco, y normas que resuelvan conflictos que se puedan plantear.

2.- EL PROGRESIVO ARRANQUE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EUROPEOS.

En la Exposición de Motivos, el Parlamento explica en qué consiste los convenios colectivos europeos y su diferencia con los nacionales, y dice que estos forman parte del contenido de los convenios colectivos clásicos.

En Europa cada Estado miembro de la UE posee un sistema propio de relaciones entre los interlocutores sociales, es decir, un sistema para la regulación de las relaciones laborales por los empleadores, los trabajadores y el Estado. Esto hace difícil delimitar las dos esferas anteriormente dichas, la nacional y la europea. Por lo tanto, como dice la exposición de motivos, hoy no se puede decir que existan convenios colectivos europeos como tal, aunque es cierto que existen modelos de coordinación colectiva como, por ejemplo, el Grupo Doorn, pero esta coordinación se lleva a cabo entre sindicatos y sólo afecta a unos pocos sectores.

Debido a esta pluralidad de sistemas diferentes es difícil llegar a un escenario armonizado para Europa en el ámbito de las relaciones laborales. A esto se suman otras dificultades como la autonomía en la negociación colectiva que la mayoría de los Estados miembros recogen en sus ordenamientos internos, así como lo dificultoso que sería articular tal propósito de un escenario armonizado a escala de economía nacional. Por ello la Exposición de Motivos de la Propuesta establece como primer objetivo que los interlocutores sociales encuentren a medio plazo un marco para la negociación colectiva transnacional.

Si bien es cierto lo anterior, en Europa ya existen algunas negociaciones colectivas transfronterizas en las que resulta necesario articular a escala europea las medidas de conflicto colectivo para poder hacer valer dichas negociaciones, como reclama el informe Anderson. Pues ya la Comisión de Empleo encarga un estudio en el que se indica que en algunos Estados miembros de la UE se dificulta o se restringe el derecho a ejercer medidas de conflicto colectivo, tales situaciones se dan en los casos **Viking** y **Laval** en donde el TJCE impide la adopción de tales medidas con pobres argumentos en cuanto a la desproporcionalidad de las mismas.

No obstante los convenios colectivos transnacionales europeos están evolucionando y como dice la Exposición de Motivos de la Propuesta al comienzo el aspecto principal de estos era la información y consulta de los trabajadores, ahora se trata cada vez más de medidas de perfeccionamiento profesional, protección laboral y sanitaria, desplazamientos y gestión de las medidas de reestructuración. Por tal motivo, ambos niveles de reglamentación podrían interrelacionarse en mayor medida en el futuro.

3.- LAS ASOCIACIONES EUROPEAS DE SINDICATOS COMO NEGOCIADORES DE CONVENIOS COLECTIVOS EUROPEOS.

La Exposición de Motivos señala la dificultad de la cuestión sobre quién debe negociar estos convenios, en torno al mandato y a la representatividad de estos convenios colectivos transnacionales europeos. Sobre esto muchos sindicatos europeos ya han elaborado directrices.

En la Exposición de Motivos se señala que las asociaciones europeas de sindicatos son las únicas que pueden celebrar convenios colectivos transnacionales europeos. Sólo ellas pueden recibir el mandato de los sindicatos nacionales y sólo ellas representan a los sindicatos nacionales reconocidos. Aunque también los comités de empresa europeos y los sindicatos quienes comienzan en las sociedades europeas (SE) las negociaciones que desembocan después en convenios. De esta manera puede velarse por la autonomía de la negociación colectiva en el contexto nacional a pesar de los ya señalados solapamientos de ambas esferas. Puesto que estos sindicatos también participan a escala nacional compatibilizando normas europeas con nacionales.

Según la Exposición de Motivos de la Propuesta son las propias partes las que intervienen en la búsqueda de soluciones para resolver las discrepancias en torno a los convenios colectivos transnacionales europeos, no interviene un tercero, lo que puede fomentar en este ámbito la mediación.

4.- LA PROPOSICIÓN DE MEDIDAS PARA ALCANZAR UN MARCO JURÍDICO FACULTATIVO QUE SIRVA DE BASE PARA LOS CONVENIOS COLECTIVOS EUROPEOS.

En cuanto a la regulación de este tipo de convenios actualmente es inexistente, y ni en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de **2003** (“Bruselas II”); ni en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) se prevén estos convenios. La falta de regulación puede llevar a que dichos convenios sean perfectamente objeto de recurso judicial. Como dice la Exposición de Motivos, tampoco una Directiva o un Reglamento serían la solución adecuada, al no ser de naturaleza facultativa, debido al carácter vinculante de su aplicación; y respecto a los acuerdos que sólo son válidos en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro no sirven de solución, pues para todas las secciones de la empresa ubicadas en otro país ese ordenamiento jurídico sería extraño y no aplicable. Además no se tendría en cuenta el carácter genuinamente transnacional y europeo de esos acuerdos ni la transnacionalización de las relaciones laborales a escala europea.

Por otra parte, para lograr ese marco jurídico facultativo para los convenios colectivos transnacionales europeos la Propuesta establece distintas medidas y aspectos a tener en cuenta. Es necesario destacar la autonomía de los interlocutores sociales con vistas a crear diferentes tipos de convenios europeos transnacionales, teniendo en cuenta que estos son muy distintos unos de otros. Dichos interlocutores debería intercambiar experiencias sobre este tipo de convenios. A fin de dar efecto jurídico al convenio colectivo transnacional la Comisión debe promover la utilización voluntaria de los interlocutores sociales y empresas de ese marco jurídico facultativo. Para abrir negociaciones cuando lo estimen necesario, y para contribuir a la transparencia y a la información sobre los acuerdos alcanzados, la Propuesta indica que los comités de empresa europeos deben participar plenamente en las negociaciones con las asociaciones sindicales europeas. Además señala la necesidad de una cláusula más favorable y de una cláusula de no regresión para que se impida que, a través de un convenio colectivo transnacional europeo, se socaven los convenios colectivos nacionales y los convenios de empresa nacionales.

La Propuesta se preocupa porque se establezcan formas de resolución de conflictos con

mecanismos alternativos, y recomienda que en las negociaciones se incluyan cláusulas de resolución de conflictos. La Propuesta señala que es importante que los interlocutores sociales tengan en cuenta en sus negociaciones el procedimiento de asignación del mandato, la clarificación de la legitimidad y la representatividad de las partes contratantes negociadoras, el lugar y la fecha de celebración del convenio, el ámbito de aplicación geográfico y de contenido, el principio de cláusula más favorable y la cláusula de no regresión, el período de validez, las condiciones de rescisión y los mecanismos de resolución de litigios, los sujetos a los que atañe el acuerdo, y otros requisitos formales.

La Propuesta apoya las medidas de la Comisión para el intercambio de experiencias como el banco de datos, realización de estudios,... Además fomenta la participación de estos interlocutores sociales europeos en la conformación de la política europea.

Por otra parte la Propuesta fomenta la participación de la mujer en el diálogo social y en las distintas estructuras de negociación con el fin de fomentar el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

SÍNTESIS JURISPRUDENCIAL

STJCE de 3 de abril de 2008 (“Dirk Rüfert”) (C-346/06): La compañía OB contrata con el Land alemán un contrato de obras públicas, a su vez OB subcontrata la obra con una empresa polaca, esta empresa polaca pretendía aplicar a sus trabajadores desplazados a Alemania salarios polacos, ante lo cual OB y el Land alemán rescinden el contrato porque el AentG que es la ley alemana que transpone la Directiva 96/71 en Alemania establece que las adjudicaciones de obra pública solo pueden otorgarse a los adjudicatarios que se comprometan a respetar el salario mínimo del convenio colectivo alemán (lugar de ejecución de las obras). Por lo tanto el Tribunal alemán en 2ª instancia plantea una cuestión prejudicial al TJCE: ¿Es la AentG una norma restrictiva injustificadamente del art.49 del TCE?

El TJCE contesta diciendo que el convenio colectivo alemán no ostenta la categoría de interés general dentro del sistema de declaración de interés general de los convenios colectivos alemanes. Esto se debe a que el convenio colectivo discutido solo se aplica a contratos públicos (excluye los privados), además dicho convenio no ha sido declarado de interés general, por lo tanto su cuantía de salario mínimo no puede ampararse en el artículo 3º de la Directiva 96/71/CE.

El TJCE continúa por otro lado diciendo que la Directiva 96/71/CE no es eficaz porque este convenio establece condiciones y salarios superiores al valor de los señalados por el artículo 3º de la Directiva 96/71/CE. De esta forma, el Estado alemán solo puede obligar a la empresa de otro Estado miembro a aplicar las condiciones mínimas imperativas y el salario mínimo fijado en la normativa alemana, no lo señalado en este convenio que mejora dichos mínimos.

Respecto al art.49 del TCE, el TJCE señala que no se justifica la restricción a dicho artículo

porque:

1º No se aplica más que a trabajadores de contratos públicos en un territorio determinado (falta elemento de interés general, esto es que debería ser aplicado a todos los trabajadores de ese territorio, no solo a los trabajadores de obra pública)

2º Tampoco se justifica para proteger la organización autónoma de la profesión mediante sindicatos.

3º Tampoco cabe justificar el aumento de salario por la estabilidad del sistema de la seguridad social alemana diciendo que requiera mayores cuantías para contribuir al mismo.

STJCE de 18 de diciembre de 2007 (“Laval” o “Vaxholm”) (C-341/05): La empresa letona Laval contrata con una obra en Suecia para la que desplaza a 35 trabajadores letones. Conforme a la Directiva 96/71/CE las normas laborales aplicables a estos trabajadores serían las normas suecas. El problema surge porque Suecia no fija el salario mínimo para los trabajadores suecos en la ley, sino en convenios colectivos por los interlocutores sociales que son los sindicatos suecos. Estos sindicatos suecos piden a Laval que firme el convenio colectivo de la construcción que fija una mejora del salario mínimo, pero Laval rechaza su petición porque quiere primero saber lo dispuesto por este convenio para los salarios. Ante lo cual, el Tribunal sueco (“Arbetsdomstolen”) plantea una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE:

1ª ¿Pueden los sindicatos obligar a las empresas extranjeras a firmar convenios colectivos? El TCJE contesta diciendo que un Estado miembro a través de sus sindicatos no puede exigir a un empresa extranjera negociar los salarios a abonar a los trabajadores desplazados porque la Directiva 96/71/CE solo se refiere al salario mínimo en su artículo 3º.

2ª ¿Pueden los sindicatos plantear medidas de conflicto colectivo contra Laval?

El TJCE contesta diciendo que el art.49 del TCE impide a los sindicatos que por medio de medidas de conflicto colectivo obliguen a una empresa extranjera a negociar un salario en el contexto de un marco legislativo nacional que no expresa con claridad el salario mínimo aplicable.

Además, el TJCE sobre continua diciendo que el MBL sueco aplica un sistema de lucha contra el dumping social, y que una empresa extranjera no puede invocar un convenio colectivo de su Estado de origen en el Estado de destino, por lo tanto no cabe aplicar la prohibición del MBL sueco de adoptar medidas de conflicto colectivo contra una empresa para modificar un convenio colectivo ya pactado (ya que Laval para el Derecho sueco no tiene ningún convenio colectivo firmado reconocido por el Derecho sueco).

El TJCE dice que esta situación es discriminatoria, ya que se aplica para situaciones distintas el mismo trato (Laval ya tiene firmado un convenio colectivo, aun así le dan el mismo trato que las empresas que no tienen firmado ninguno).

El TJCE entiende que solo cabe discriminación por razón de orden público, seguridad pública y salud pública. Y eso no se da en el sistema de lucha contra el dumping social del MBL sueco que trata de facultar a los sindicatos suecos para obligar a todas las empresas en Suecia a respetar las normas laborales suecas y fomentar la competencia leal. Por lo tanto el TJCE entiende que lo sucedido en el caso de Laval en Suecia no es razón de orden público para justificar una discriminación.

STJCE de 11 de diciembre de 2007 (“Viking”) (C-438/05): Viking es una empresa de transbordadores navales finlandesa, esta empresa pretendía cambiar de pabellón su barco Rosella (de pabellón finlandés) por el pabellón estonio para poder negociar un convenio colectivo estonio, ya que los barcos estonios tienen menores costes laborales en su misma ruta. El FSU (sindicato finlandés) se opone a al cambio de pabellón del barco Rosella de la

mercantil Viking, de tal forma que el FSU adopta medidas de conflicto colectivo (huelga) y pide al ITF (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte) que emita una circular prohibiendo la negociación con Viking destinada a todos los sindicatos (incluidos los estonios), la ITF finalmente emite dicha circular. Por lo que Viking acude a los Tribunales planteando estos una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE:

1ª ¿Puede un sindicato exigir medidas que hagan inútil el objetivo de reabanderar un buque? ¿Está esto excluido esto del art.43 del TCE y del razonamiento de la Sentencia Albany?

A lo que el TJCE dice que sí se incluye en el art.43 del TCE porque el derecho de huelga, aun no siendo competencia de la Unión Europea, el derecho nacional debe respetarlo en su legislación, al igual que el Derecho Comunitario (pasa lo mismo en el asunto Laval).

2ª ¿Puede Viking en virtud del art.43 del TCE y del Reglamento 4055/89 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, que aplica el principio de la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y terceros países; oponer los derechos que estas normas le confieren a las medidas de conflicto del sindicato FSU?

El art.43 del TCE sí puede conceder derechos a Viking para oponerse a las medidas del sindicato FSU porque la eliminación de barreras en el mercado interno no puede tener éxito si los Estados miembros o bien los sindicatos, o particulares, o asociaciones lo impiden. Y que el TCE esté dirigido a Estados miembros no quita que no pueda otorgar derechos a los particulares en el caso discutido. Esto es así aunque el derecho del sindicato FSU se encuentre amparado en el derecho finlandés.

3ª ¿Supone la postura del FSU finlandés una restricción al art.43 del TCE? ¿Es relevante la posición del FSU para provocar una situación discriminatoria? Y si fuera así, ¿está justificado como excepción de orden público? ¿Supone un desequilibrio la posición del FSU entre el derecho social y el derecho de libre establecimiento, y con el derecho de libre

prestación de servicios? ¿Es acorde la posición del FSU con el principio de reconocimiento mutuo?

El TJCE dice que los artículos del 43 al 48 del TCE quedarían vacío de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir a una empresa extranjera establecerse en su territorio.

Continúa el TJCE diciendo que las medidas del sindicato finlandés vulnerar la libertad de establecimiento porque la matriculación del Rosella es una forma de establecerse en el Estado de destino por Viking, las medidas del FSU suponen que a Viking le sea menos atractivo establecerse en Estonia porque dichas medidas suponen un trato desigual para una situación similar (trato distinto a Viking en Estonia respecto del resto de empresas estonas)

El TJCE dice que hay que analizar:

1º Si las medidas del FSU constituyen un interés general que excluye un libertad fundamental (ya que la protección de los trabajadores es un objetivo de la Unión Europea conforme a los artículos 2 y 3 del TCE). En relación con esto, el TJCE dice que hay que determinar si las medidas del FSU estaban dirigidas a garantizar condiciones laborales y de empleo, y esto depende de si el compromiso tiene alcance jurídico como un convenio colectivo para garantizar lo anterior. Sobre esto el TJCE rechaza que sea posible porque el compromiso tiene un alcance jurídico incierto.

2º Si las medidas son proporcionalmente adecuadas al objetivo perseguido y el TJCE dice que estas medidas del FSU al estar dirigidas a mantener una política del ITF de impedir esta clase de cambios de pabellón (“pabellones de conveniencia”) y que la prohibición de negociar convenios colectivos en estos casos no se produce cuando el cambio de pabellón garantiza una mejora en los derechos laborales, el TJCE entiende que las medidas adoptadas suponen una restricción a la libertad de establecimiento del artículo 43 del TCE al no encontrar su finalidad proporcionada a su fin.

STJCE de 27 de marzo de 1990 (“Rush Portuguesa”) (C-113/89): En esta Sentencia el

Tribunal establece que, de acuerdo con los artículos 59 y 60 del TCEE, una empresa establecida en Portugal, que lleva a cabo prestaciones de servicios en el sector de la construcción y de las obras públicas en otro Estado miembro, puede desplazarse con su propio personal, traído de Portugal, por el tiempo que duren las obras de que se trata. En tal caso, las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio deben realizarse las obras no pueden imponer condiciones al prestador de servicios referentes a la contratación de mano de obra in situ o a la obtención de un permiso de trabajo para el personal portugués.

STJCE de 12 de octubre de 2004 (“Wolff & Muller”) (C-60/03): El Tribunal reconoce la facultad por parte del empresario principal de establecer una obligación de pago solidario respecto del contratista o subcontratista en relación al salario mínimo o cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo, cuando el salario mínimo consista en la cantidad adeudada al trabajador tras la deducción de los impuestos y de las cotizaciones de seguridad social y de fomento de empleo o de otros gastos equivalentes de seguridad social.

STJCE de 23 de noviembre de 1999 (“Arblade”) (C-369/96 y C-376/96): El Tribunal señala que está permitido la obligación de pagar el salario mínimo fijado por el convenio colectivo de trabajo aplicable en el Estado de destino, siempre que las disposiciones de que se trate sean suficientemente precisas y accesibles.

STJCE de 15 de marzo de 2001 (“Mazzoleni”) (C-165/98): El Tribunal aquí hace referencia a la posibilidad del Estado de destino de someter a una retribución mínima por medio de normas nacionales al trabajador desplazado a su territorio. No obstante, el Tribunal señala que la aplicación de tales normas podría resultar desproporcionada cuando se trate de

trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza que deban realizar, a tiempo parcial y durante breves períodos, parte de su trabajo en el territorio de uno o varios Estados miembros distintos del Estado de establecimiento de la empresa.

CONCLUSIONES

Primero.- El dumping social es un fenómeno que consiste en la importación de las condiciones de trabajo al Estado de destino de los trabajadores desplazados desde otro Estado distinto con peores condiciones laborales (de origen).

Segundo.- Existe una colisión entre los derechos laborales y la libre prestación de servicios en un mercado único donde coexiste la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios, esto debido a que el pleno ejercicio de estas dos últimas libertades es difícilmente conciliable, puesto que las mejoras sociales del país de destino tienen la posibilidad de obstaculizar las actividades empresariales, y a su vez el establecimiento de un prestador de servicios que importe peores condiciones al Estado de destino genera una merma de las condiciones sociales de este Estado de destino.

Tercero.- La libre circulación de trabajadores tiene su fundamento en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Unión Europea pretende bloquear la vertiente discriminatoria del artículo 45 del TFUE en materia de condiciones de empleo a través de la Directiva 96/71/CE que circunscribe el derecho a la igualdad de trato, en este caso entre trabajadores, a cinco áreas rigurosamente acotadas en el “núcleo duro” del artículo 3º de la Directiva 96/71/CE.

Cuarto.- El objetivo de la Unión Europea regulando las situaciones laborales que generan dumping social es lograr un competencia leal y justa en el mercado único de la Unión, puesto que si fuera de otra forma esto conllevaría el fin del estado de bienestar a los Estados miembros.

Quinto.- Los efectos negativos del dumping social solo son aceptados en la medida que las condiciones laborales que los generan sean compatibles con los mínimos establecidos en el “núcleo duro” de la Directiva 96/71/CE.

Sexto.- Reconocido por el artículo 56 del TFUE el derecho a la libre prestación de servicios, debido a la instauración como uno de los principios supremos de la Unión Europea de la libre competencia de un mercado económico libre, la proliferación de normas laborales imperativas cada vez más expansivas podrían llegar a excluir toda competencia basada en costes sociales, constituyendo esto un obstáculo a la libre prestación de servicios. Para evitarlo, la Unión Europea establece los estándares máximos aplicables, de modo que los Estados miembros solo pueden extender a los trabajadores desplazados aquellas condiciones de trabajo y empleo no pertenecientes a las materias enumeradas en el artículo 3.1, párrafo 1º, de la Directiva 96/71/CE, cuando éstas respondan a una noción restrictiva de orden público enunciado en el artículo 3.10 de la misma, y de conformidad con la doctrina Arblade y al Reglamento 593/2008 (Roma I). Debiendo ser justificadas estas condiciones impuestas por los Estados miembros.

Séptimo.- El TJCE con su Sentencia en el asunto Rush Portuguesa logró establecer un equilibrio entre la libertad económica de los prestadores de servicios y la protección de los mercados laborales locales, reconociendo a los prestadores de servicios el derecho a desplazarse con su personal y a los Estados de destino la posibilidad de aplicar su legislación laboral.

Posteriormente el TJCE se desmarca de este criterio, y se inclina por promocionar el mandato comunitario dirigido a equilibrar la productividad marginal del trabajo en el mercado interior de servicios, es decir, ahora el TJCE establece un criterio tendente al equilibrio entre la oferta de trabajo y su precio (salario) en los mercados liberalizados, y ello con el objetivo de conseguir la integración de los mercados.

Dicha integración de los mercados en la Unión Europea tiene un base instrumental en el principio comunitario de remoción de obstáculos al comercio de servicios, permitiendo dicho principio la TJCE dejar inaplicada cualquier norma estatal de contenido social-laboral que, aunque no vulnere la libertad de prestación de servicios, tenga capacidad de desincentivar su ejercicio.

Es por esto que existe una serie de interferencias de ámbito económico en el discurso jurídico del TJCE con la capacidad suficiente de restar coherencia a la aplicación de los principios jurídicos, como el de igualdad o el de proporcionalidad, principios que sustentan el Estado de Derecho.

Bibliografía:

- ANTONIO MARTÍN VALVERDE, FERMÍN RODRÍGUEZ SAÑUDO Y JOAQUÍN GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*” (Manual), Tecnos.
- ANTONIO V. SEMPERE SERRANO: “*Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitaria (1996-2008)*”, Thomson Aranzadi.
- BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: “*El Desplazamiento Temporal de Trabajadores en la Unión Europea*”, Aranzadi Editorial.
- CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PARDO: “*Régimen Internacional del Trabajo. La OIT en la Política Mundial*”, Ad Hoc.
- DANIEL MARTÍNEZ FONS: “*Libre Competencia y Derecho del Trabajo*”, La Ley.
- DAVID ORDOÑEZ SOLÍS: “*Intervención Pública, Libre Competencia y Control Jurisdiccional en el Mercado Único Europeo*”, CGPJ.
- FEDERICO DURÁN LÓPEZ Y CARMEN SÁEZ LORA: “*Unidad de Mercado y Relaciones Laborales*”, CARL.
- GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA: “*La Movilidad Transnacional de Trabajadores: Reglas y Prácticas*”, Comares.
- HELENA VILLAREJO GALENDE: “*La Directiva De Servicios y su Impacto sobre el Comercio Europeo*”, Editorial Comares.
- ICÍAR ALZAYA RUÍZ: “*La Eficacia de las Directivas Comunitarias en el Ámbito Laboral*”, Civitas Thomson Reuters.

- JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO: *“Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social”*, Thomson Reuters.
- JOAQUÍN GARCÍA MURCIA: *“La Globalización Económica y el Derecho del Trabajo”*, Gobierno de Asturias.
- JESÚS CRUZ VILLALÓN Y TERESA PÉREZ DEL RÍO: *“Una Aproximación al Derecho Social Comunitario”*, Tecnos.
- JORDI BONET PÉREZ: *“Mundialización y Régimen Jurídico Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como Referente Político – Jurídico Universal”*, Atelier.
- JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, CAROLINA MARTÍNEZ MORENO Y MARIO ANTONIO CASTRO ARGÜELLES: *“La Transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español”*, Informes y Estudios Generales – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE Y SALVADOR DEL REY GUANTER: *“Desplazamientos de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales”*, Consejo Económico y Social (CES).
- MIREIA LLOBERA VILA: *“El Desplazamiento Transnacional De Trabajadores. Libre prestación de Servicios, Constitución Económica y Principio de Proporcionalidad”*, Tirant Monografías 820.
- MIGUEL ÁNGEL DURCALLA BONILLA: *“El Trabajo Globalizado: Realidades y Propuestas”*, Thomson Reuters.

- RICARDO RIVERO ORTEGA (Director): *“Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La Transposición de la Directiva de Servicios en España”*, Thomson Reuters.
- TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO: *“El Mercado Interior de Servicios en la Unión Europea”*, Marcial Pons.