

Grado en Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2018
Convocatoria julio 2018

**LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES Y EL
DUMPING SOCIAL EN LA UNION EUROPEA**

**INTERNATIONAL LABOR RELATIONS AND THE SOCIAL
DUMPING IN THE EUROPEAN UNION**

Realizado por el alumno D^o Jónatan Hernández García

Tutorizado por la Profesora D^a Olga María Delgado Morales

Departamento Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento Derecho Internacional Privado

ABSTRACT

The present work has for object deepen the juridical problems that appear concerning the labor international relations provided that they are submitted to continuous changes by the advance of the company. These in turn interact with a set of phenomena that impede his juridical homogeneous treatment in an environment marked by the asymmetries of the different national rights inside the Union. In addition, the globalization has transformed the way of interacting on the labor market consolidating the capitalist system.

After a study of the right come directly from the European Union to regulate and to harmonize the procedure applicably for the contract of international work, as well as the utilization of the autonomous Law of the members states in those situations not foreseen by the community legislator we will approach the problematic of the workers' temporary displacement inside the European Union and as the balance between free provision of services and the protection of the displaced worker fails, in numerous occasions, in favor of the competition between companies.

We analyze likewise the negative consequences that the social dumping produces for the worker displaced to another territory and the benefits that it generates for the company that uses this practice, as well as the use of the economic dumping that plays in opposition to the interests of other companies and his impact on other markets.

And, finally, one refers to certain judgments of the European Court of Justice that, in view of his interpretations of the procedure and of the Agreements, it has chosen to defend an economic protectionism to the detriment of the labor laws of the worker.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto profundizar los problemas jurídicos que se plantean en torno a las relaciones laborales internacionales dado que se encuentran sometidas a continuos cambios con el avance de la sociedad. Éstas a su vez interactúan con un conjunto de fenómenos que dificultan su tratamiento jurídico homogéneo en un entorno marcado por las asimetrías de los distintos derechos nacionales dentro de la Unión. Además, la globalización ha transformado la forma de interactuar en el mercado laboral consolidando el sistema capitalista.

Tras un estudio del derecho emanado directamente de la Unión Europea para regular y armonizar las normas aplicable al contrato de trabajo internacional, así como la utilización del Derecho autónomo de los Estados miembros en aquellas situaciones no previstas por el legislador comunitario abordaremos la problemática del desplazamiento temporal de trabajadores dentro de la Unión Europea y como el equilibrio entre libre prestación de servicios y la protección del trabajador desplazado quiebra, en numerosas ocasiones, a favor de la competencia entre empresas.

Analizamos asimismo las consecuencias negativas que produce el dumping social para el trabajador desplazado a otro territorio y los beneficios que genera para la empresa que utiliza esta práctica, así como el uso del dumping económico que juega en contra de los intereses de otras empresas y su impacto en otros mercados.

Y, por último, se hace referencia a determinadas sentencias del Tribunal de Justicia Europeo que, a la vista de sus interpretaciones de las normas y de los Tratados, ha optado por defender un proteccionismo económico en detrimento de los derechos laborales del trabajador.

INDICE

ABREVIATURAS

1.- APROXIMACION AL MARCO JURIDICO DE LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES	1
1.1. El fenómeno social de la globalización	1
1.2. Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea	4
2.- COMUNITARIZACION DE LAS NORMAS DE DIPR RELATIVAS AL CONTRATO DE TRABAJO	8
3.- CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL	9
4.- DETERMINACION DE LA COMPETENCIA JURIDICA INTERNACIONAL. EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS Y LA LOPJ	10
5.- LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO. REGLAMENTO ROMA I.....	13
5.1. Evolución de la Ley aplicable.....	14
5.2. Ley elegida por las partes. Autonomía de la voluntad conflictual	16
5.3. Ley del lugar de la prestación habitual de los servicios	17
5.4. Ley de la sede de la empresa	18
5.5. Clausula de escape: vínculos más estrechos.....	20
6.- LA DIRECTIVA BOLKESTEIN	21
7.- DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES DENTRO DE LA UE..	22
7.1. Delimitación del concepto	22
7.2. Jurisprudencia comunitaria: Lugar habitual vs desplazamientos	25
8.- DIRECTIVA SOBRE DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES EN LA UE.....	26
8.1. Objetivos de la Directiva 96/71/CE.....	27
8.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE.....	29
8.3. Revisión de la Directiva 96/71/CE	31
9.- LEY 45/1999 DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES	33
10.- EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	38
11.- MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL RDL 9/2017	41
12.- JURISPRUDENCIA COMUNITARIA DE TRABAJADORES DESPLAZADOS	45
12.1. Sentencia Rüffert	45
12.2. Sentencia Viking.....	46
12.3. Sentencia Laval.....	47
13.- CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFIA	52

ABREVIATURAS

Art: artículo

Apdo: apartado

CC: Código Civil

CJI: Competencia jurídica internacional

CR: Convenio de Roma

DA: Disposición adicional

DIPr: Derecho Internacional Privado

EEE: Espacio Económico Europeo

ET: Estatuto de los Trabajadores

ETT: Empresas de trabajo temporal

EEMM: Estados miembros

IT: incapacidad temporal

LDT: Ley desplazamientos temporales

LDC: Ley defensa de la competencia

LEC: Ley Enjuiciamiento Civil

LOEx: Ley Orgánica Extranjería

LOPJ: Ley Orgánica Poder Judicial

Núm: número

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OJ: Ordenamiento Jurídico

OMC: Organización Mundial del Comercio

RBI bis: Reglamento Bruselas I bis

RRI: Reglamento Roma I

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TCE: Tratado Constitutivo Europeo

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

1.- APROXIMACION AL MARCO JURIDICO DE LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES

1.1. El fenómeno social de la globalización

La globalización se caracteriza por ser un fenómeno social, financiero y cultural producto de la liberalización económica donde las fronteras estatales entraron en un proceso de ruptura en aras de la unión e interdependencia global. Para definir el término «globalización» acudimos a algunos sectores doctrinales que señalan al respecto que:

Según A. Giddens¹ «algunos grupos consideran el fenómeno casi exclusivamente económico, lo cual es un error, la globalización es política, tecnológica y cultural, además de económica»; Guillermo de la Dehesa² que es «un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes servicios, tecnologías y capitales»; Francois Ost³ aporta que «se trata de la interpretación anglosajona del término mundialización, que privilegia la eficacia y la competición, traducándose en la mercantilización de todos los aspectos de la vida social correlativa a su liberación jurídica»; L. Cruz Soto señala que «la globalización debemos entenderla como un proceso histórico mundial que forma parte del capitalismo en el que, por un lado, existe una sociedad más participativa que modifica la relación con su entorno, de tal manera que adquiere mayor conciencia de los problemas que aquejan a la humanidad, dentro de un espacio común; y, por el otro, en el que los mercado comerciales y financieros tienden a unificarse en un contexto económico desigual entre los países desarrollados, en desarrollo y subdesarrollado»⁴.

La globalización se ha materializado en las sociedades generando cambios significativos en cada uno de los ámbitos que caracterizan la convivencia y en este sentido:

- Afianza el sistema productivo capitalista.

¹GIDDENS, ANTHONY, «Un mundo desbocado, los efectos de la globalización en nuestras vidas», Un mundo desbocado, Madrid, Grupo Santillana de ediciones, S.A 2000 p. 7

²DE LA DEHESA GUILLERMO, «Comprender la globalización», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 165.

³FRANCOIS OST, «Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza», Anuario de Derechos Humanos, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2000 p. 456

⁴CRUZ SOTO, L., «Hacia un concepto de globalización», Revista Contaduría y Administración, No. 195, octubre-diciembre, 1999 p. 47

- Propicia la deslocalización de las empresas, dando lugar al llamado *dumping social* basado en la competencia de las empresas.
- Produce un debilitamiento del poder negociador de los sindicatos como agente protector de las condiciones de trabajo.
- Incrementa los niveles competitivos de las empresas buscando nuevos mercados en los que actuar.
- Se generan sociedades de consumo a gran escala.
- Producido nuevos niveles de exigencia educativa que aseguren poder formar parte del mercado laboral.
- La globalización, en sí misma, trata el trabajo como un elemento más de la economía, convertido en simple *empleo*⁵.

Todo lo anteriormente señalado resalta los efectos no deseados de un mundo globalizado y pueden resumirse en dos ideas concretas:

- La liberalización de los mercados han puesto límite al intervencionismo de los Estados, teniendo por resultado un aumento del poder empresarial.
- La mano de obra, es considerada, a vueltas de épocas pasadas, en una mercancía mas, comúnmente denominada, (re) mercantilización del trabajo.

En este punto conviene analizar las consecuencias que produce en el libre mercado el *dumping social*, considerado a grandes rasgos como la práctica que realizan las empresas vendiendo sus productos a precios inferiores al mercado, a través de la utilización de mano de obra barata, es decir, se produce una competencia desleal entre empresas que permite adquirir ventajas a una frente a otras a costa de los derechos de los trabajadores, con la consiguiente reducción de costes económicos.

Esta tipo de prácticas a pesar de ser condenables no constituyen conductas delictivas. La doctrina mayoritaria lo ha venido definiendo como «*la reducción de costes sociales por medio de la opresión social más allá del nivel natural, lo que favorece estrategias desleales de precios inferiores por parte de los competidores*»⁶.

Esto produce cambios en las relaciones laborales a nivel mundial que se ven afectadas por múltiples factores que crean entornos dinámicos en la evolución del

⁵CAVAS MARTINES, F., Globalización y Relaciones Laborales, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I, núm. 3, 2008, p. 205

⁶LLOBERA VILA, M., Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei, Revista jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 5 núm. 1/2015.

mercado de trabajo; cambios que influyen en la especialización de los bienes o servicios que ofrecen las empresas y en la búsqueda de manos de obra que satisfaga necesidades competitivas que permitan atender las demandas presentes y futuras de los consumidores. Por ello, las relaciones laborales se ven sometidas constantemente a la forma de entender el orden social:

- *Las innovaciones tecnológicas*: las tecnologías avanzan a pasos agigantados en los últimos años afectando en las empresas ante la necesidad de una actualización continua de sus medios de producción repercutiendo en la aparición y desaparición de puestos de trabajo.

- *Las decisiones políticas*: legislando en materia laboral, incrementando o reduciendo derechos de los trabajadores o de sus representantes sindicales.

- *Las migraciones*: las personas en la búsqueda del bienestar social se trasladan a otros países para ocupar un empleo y producen cambios en los índices demográficos. La OIT ha definido las migraciones como el «*movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos*»⁷.

- *Las comunicaciones*: son un medio para favorecer las transacciones de forma global, mejorar la imagen de la empresa, implantar nuevos proyectos de expansión o buscar nuevas fórmulas de financiación.

- *El nivel educativo*: necesidad de implantar sistemas de orientación especializada atendiendo a las necesidades que los mercados laborales demandan y planes de reciclaje para jóvenes y adultos. La formación de los individuos es elemento clave para la ocupación de un puesto de trabajo.

- *Los factores sociales*: el incremento de la introducción de la mujer en el mercado de trabajo ante la aparición de la crisis económica produjo la pérdida de poder adquisitivo de numerosas familias, el descenso de la natalidad, la flexibilidad laboral implantado modelos de trabajo precarios o la aparición de nuevas patologías generadas por la exigencia laboral.

⁷Niños, niñas y adolescentes migrantes, América Central y México. Recurso consultado en http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_25755/lang--es/index.htm

1.2. Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea

La OIT fue constituida en 1919 con arreglo a unos principios y finalidades básicas, alcanzar la justicia social. En su preámbulo se destaca la mención a las condiciones laborales y humanas mínimas que debe tener toda persona. Pero la OIT para alcanzar sus objetivos propuestos debe superar dos puntos clave:

- Sus Convenios y Recomendaciones deben ser ratificados por cada uno de los Estados que forman parte del Organismo.
- Debe buscar mecanismos de control para el debido cumplimiento de sus exigencias; con el avance social, la introducción de nuevos mecanismos de convivencia, la interacción continua de los comercios o los cambios en la forma de entender las relaciones laborales, en la OIT se hace necesario buscar nuevas alternativas que hagan posible configurar pautas universales de actuación ante la deslocalización.

En la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1998, se establecieron los principios y derechos fundamentales del trabajo, haciendo hincapié en la necesidad de movilizar los medios necesarios para alcanzar un desarrollo equitativo y de progreso social, en especial para los desempleados y los trabajadores migrantes, con lo que se pretende dar respuesta a las carencias de un mundo cada vez más globalizado.

La OIT por otra parte, *adoptó en 2008 la Declaración sobre justicia social para una globalización equitativa*, donde los Estados adquirieron el compromiso de apoyar *«firmemente una globalización justa y resolvemos que los objetivos de empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, en particular las mujeres y jóvenes, serán una meta fundamental de nuestras políticas nacionales e internacionales y nuestras estrategias nacionales de desarrollo»*⁸.

En este sentido, el Instituto Internacional de Estudios Laborales, que es una entidad autónoma de la OIT, promueve la investigación en materia de cuestiones laborales y sociales de interés para la OIT. En uno de sus recientes estudios plantea la idea de que las *«violaciones de las normas del trabajo pueden distorsionar la competencia y deben abordarse de manera similar a la empleada contra otras prácticas comerciales desleales. De igual modo, resulta preocupante que una*

⁸Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Recurso consultado http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

liberalización comercial sin las salvaguardas necesarias conduzca a un espiral descendente en la relación con las normas del trabajo»»⁹.

En este sentido y si bien se consagra como uno de sus principales objetivos evitar el *dumping social*, ya que si un país no ha establecido unas reglas mínimas para garantizar unas condiciones adecuadas de trabajo, es un obstáculo para los Estados que sí han regulado estas condiciones necesarias para mantener y mejorar unos estándares mínimos¹⁰. No obstante estos principios también han sido finalmente consagrados a nivel comunitario con gran esfuerzo de la Comisión Europea, frente a las reticencias de muchos EEMM, ya que, evidentemente, los costes sociales son inferiores si se mantiene la aplicación de la ley de origen, independientemente de que el Estado de destino resulte ser el más desarrollado laboralmente.

Así, resulta interesante ver como algunas sentencias dictadas por el TJUE han venido favoreciendo la práctica desleal de las empresas en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados. Citaremos la reciente STJUE (Gran Sala) de 6 de febrero de 2018 (As. C-359/16)¹¹ donde se pone de manifiesto la irregularidad con la que actúan las empresas y donde el Tribunal competente no protege al trabajador bajo las normas comunitarias establecidas. El asunto se refiere a la expedición de unos certificados que acreditan que unos trabajadores búlgaros que se desplazan a Bélgica, se encuentran afiliados a la Seguridad Social de su país. Lo cierto es que tras una inspección de trabajo se comprueba que la empresa que solicita dichos certificados carece de actividad en el país, por lo que se pide la retirada de los certificados ya que han sido obtenidos de forma fraudulenta. En este caso, el Tribunal concluye, que el juez nacional puede no tener en cuenta los certificados ya que la institución búlgara no tuvo en cuenta la obtención de los mismos con fraude.

En Europa, desde el Tratado de Roma de 1957 se instaura el concepto de ciudadanía de la UE donde se crea un espacio socioeconómico para la libre circulación de personas y, fundamentalmente es de interés para este trabajo, la libre prestación de

⁹Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio/Organización Internacional del Trabajo, (Instituto Internacional de Estudios Laborales), 2015. Recurso consultado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-inst/documents/publication/wcms_340866.pdf

¹⁰ERMIDA URIARTE, O., Deslocalización, globalización y derecho del trabajo, IUSLabor 1/2007, p.11

¹¹Procedimiento incoado por Ómer Atun y otros contra Absa en relación con el desplazamiento de trabajadores búlgaros a Bélgica. La Inspección de Trabajo belga presenta demanda ante los Tribunales de Bulgaria frente a una empresa que contaba con escaso personal y subcontrataba todas sus contrataciones a empresas búlgaras, desplazando trabajadores a Bélgica y obteniendo certificados fraudulentos acreditativos de estar afiliados a la seguridad social de búlgara.

servicios y de establecimiento de empresas. Así se concretaron los siguientes objetivos: suprimir las barreras comerciales entre los EEMM, establecer una política comercial con otros países, eliminación de obstáculos que impidan la libre competencia y asegurar el libre cambio de capital, trabajo, mercancías y personas.

Podemos apreciar que se inicia un arduo camino para evitar el *dumping social* dentro de la UE, dado que, por un lado, no todas las empresas de los distintos EEMM tienen el mismo nivel de protección laboral y por otro, la UE debe proteger las libertades fundamentales de los trabajadores, respetando las mismas condiciones de trabajo en un desplazamiento transnacional que en su país de origen y de ahí que nazca la necesidad de regular los movimientos de trabajadores.

Los artículos 45¹² y 46¹³ del TFUE se refieren específicamente a las medidas necesarias que se han de adoptar para facilitar el derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión. Así, se han aprobado algunas directivas que buscan la protección de este derecho, la Directiva 2004/38/CE que asienta los principios de los trabajadores migrantes o la Directiva 2014/54/UE que protege el derecho de las personas a establecer su residencia libremente en la UE, así como su desplazamiento para ocupar un empleo.

En este contexto de libertad de prestación de servicios, se hace necesaria la previsión de la norma aplicable al contrato de trabajo internacional del que se ocupa el DIPr, adoptando una serie de alternativas para establecer cuál ha de ser el Derecho que debe resolver los litigios ante controversias generadas. El objeto del DIPr no es otro que regular las relaciones laborales internacionales; que trascienden la esfera de un único OJ, dada la presencia de al menos un elemento extranjero, que puede encontrarse en la nacionalidad de la empresa o del trabajador o el país donde se ejecute la prestación del servicio.

¹²Artículo 45 TFUE, 1. Quedará asegurada la libre circulación de personas.

¹³Artículo 46 TFUE, 1. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta del Comité Económico y Social, adoptaran, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45, en especial: a) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo; b) eliminado aquellos procedimientos y prácticas administrativos, así como los plazos de acceso a los empleos disponibles (...); c) eliminando todos los plazos y demás restricciones previstos en las legislaciones nacionales o en los acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, que impongan a los trabajadores de los demás Estados miembros condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo; d) estableciendo los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio (...)

La UE ha dado prioridad a una regulación homogénea de las relaciones laborales internacionales aplicables a los EEMM. Desde el Convenio de Roma de 1980¹⁴, se introdujo un sistema innovador en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional, estableciendo garantías y asegurando un espacio de libertad, seguridad jurídica y cooperación mutua, siendo su piedra angular la libre elección de la ley aplicable, con el límite material de protección al trabajador, así como los vínculos más estrechos¹⁵ ante la duda para determinar la ley aplicable frente al recurso a la ley del lugar de la prestación habitual de los servicios.

Este Convenio es sometido a revisión por parte de la Comisión dando lugar a una nueva norma, que busca fortalecer y favorecer una protección más eficaz. El resultado ha sido el nuevo Reglamento Roma I¹⁶, transformado en una herramienta comunitaria actualizada que concede un sistema de soluciones de forma escalonada y que permite determinar el derecho aplicable, en todos los EEMM de la UE, por lo que, dado su carácter universal¹⁷, es la norma que impera sobre el derecho autónomo de los EEMM para determinar la ley estatal que dará solución al conflicto y que debe aplicarse en todo el territorio comunitario.

Por último, en el ámbito de la UE también existen algunas particularidades en lo referente a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional, objeto de la Directiva 96/71/CE¹⁸. Tanto nuestro derecho autónomo como el derecho comunitario han delimitado ciertas reglas para asegurar que, al menos, en determinadas condiciones de trabajo se apliquen las leyes del país de destino, ya sea atendiendo a normas legales o convencionales.

¹⁴Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE)

¹⁵Art. 5 RRI apdo. 3, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país.

¹⁶Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹⁷Art. 2 Roma I, la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.

¹⁸Directiva 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, Diario Oficial n° L 018 de 21/01/1997.

2.- COMUNITARIZACION DE LAS NORMAS DE DIPR RELATIVAS AL CONTRATO DE TRABAJO

El art. 81 TFUE¹⁹, antiguo art. 65 del TCE, es el eje principal del establecimiento de la cooperación internacional con repercusión transfronteriza, basada en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, es decir, la libre circulación de resoluciones emitidas en un EEMM será aceptada y tendrá plena eficacia en otro EEMM sin ningún obstáculo dentro del espacio comunitario. Pero es que además, este artículo va a significar la cesión de competencias a favor del legislador comunitario en DIPr, en asuntos con repercusión transfronterizas, compatibilizando las normas en materia de CJI y la ley aplicable al contrato de trabajo internacional.

En cuanto a la CJI, nace el Reglamento 44/2001 (Bruselas I)²⁰, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de sentencias en materiales civiles y mercantiles, que ya ha dado paso al nuevo Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis)²¹ para mejorar el tráfico jurídico interno como así se expresa en su considerandos 26 y 27.

También en materia de conflictos de leyes y en cuanto al contrato de trabajo, se introdujeron un conjunto reglas para su designación y se aprobó, como citamos anteriormente, el Convenio de Roma²² que ha sido sustituido por el Reglamento 593/2008 (Roma I)²³.

En definitiva ambos Reglamentos, tanto Bruselas I bis como Roma I, han homogeneizado las normas aplicables en los EEMM sobre jurisdicción y conflictos de leyes²⁴, en materia de contrato de trabajo internacional.

¹⁹Artículo 81 TFUE, 1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) (...); b) (...); c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas.

²⁰Reglamento (UE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

²¹Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²²Vid CR p. 7

²³Vid RRI p. 7

²⁴Considerando núm. 2, Reglamento Roma I

3.- CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL

Cuando nos referimos al contrato de trabajo, hablamos de una de las principales instituciones del Derecho del Trabajo y, puede definirse como el «*negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídica-laboral constituida por el cambio continuado entre prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial*»²⁵.

También puede decirse que el contrato de trabajo existe «*cuando una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución. Se exige pues la existencia de un vínculo de dependencia, con respecto al empleador*»²⁶.

Pero se hace necesario saber si concurre algún elemento que diferencie las relaciones individuales de trabajo en el ámbito comunitario. Para acercarnos al concepto adecuado se tomará como referencia la STJUE (Sala Tercera), de 10 de septiembre de 2015 (As. C-47/14)²⁷, la cual se refiere al vínculo contractual existente entre una sociedad con el administrador de la misma, señalando haber realizado dicho administrador durante un cierto periodo de tiempo, a favor de la sociedad y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibía una retribución, esto es, existía un vínculo de subordinación.

También se han manifestado algunos autores sobre el concepto de contrato de trabajo con elemento extranjero, «*se entiende que los contratos individuales de trabajo presentan ciertas particularidades:*

- 1º. *Una relación duradera que, además,*
- 2º. *Coloca al trabajador bajo la dirección del empresario,*
- 3º. *Insertándolo en el marco de una concreta forma de organización de los asuntos de la empresa o del empresario»*²⁸

El contrato de trabajo se configura con una garantía de las obligaciones recíprocas que asumen tanto el empresario como el trabajador. El art. 1255 CC «*los*

²⁵MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, 38 edición, Ed. Tecnos, Madrid, p. 268

²⁶CARRASCOSA GONZALEZ, J., Contratación Laboral Internacional, p. 1271

²⁷Caso presentado por el Sr. Spies von Büllenheim contra las sociedades Ferho. Asunto referido a la competencia de los Tribunales para conocer de la rescisión de un contrato de directivo y administrador de una sociedad Holding y sus filiales. La cuestión prejudicial está encaminada a clarificar el concepto de trabajador y de contrato individual de trabajo, a partir de las obligaciones contractuales que fundamentan el litigio principal.

²⁸ESPLUGES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G., Derecho Internacional Privado, 10ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 624

contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a la moral, ni al orden público»²⁹.

El contrato de trabajo, crea la obligación en los OJ de tutelar una expresión manifiesta de la autonomía de la voluntad, pero se establecen una serie de principios con el fin de crear unas condiciones de igualdad entre las partes intervinientes y, especialmente, en la figura del trabajador, frente al empresario, ya que aquel ocupa una posición de desventaja o parte débil, debido a cuestiones sociales, económicas o políticas, por ello existe un «*principio de mayor favorabilidad*».

4.- DETERMINACION DE LA COMPETENCIA JURIDICA INTERNACIONAL. EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS Y LA LOPJ

Los EEMM, ante la existencia de algún elemento extranjero en las obligaciones contractuales y en consecuencia en el contrato de trabajo, no son libres para determinar si los tribunales nacionales pueden conocer o no del asunto, ya que deben guiarse por normas comunitarias, que tienen una triple vertiente, el RBI bis que se ocupa de la determinación de la CJI y además del reconocimiento y ejecución de las sentencias y el RRI, que se ocupa de la ley aplicable.

Ahora bien, el RBI bis, en su art. 1.2 utiliza un listado de exclusiones que remite directamente al Derecho autónomo de cada EEMM. En materia de contrato de trabajo internacional para poder acudir al art. 25 LOPJ, que tiene una aplicación muy limitada, debemos partir de las exclusiones de aplicación del propio Reglamento³⁰.

Así, será de aplicación en relaciones colectivas de trabajo el art. 25.2 LOPJ³¹, por tratarse de materia excluida del RBI bis, de manera implícita atendiendo a su Sección 5 del Reglamento, donde solo se alude a la competencia en contrato individual de trabajo, por lo que en conflictos colectivos y litigios sobre legalidad de convenios han de verificarse los foros de esta apartado.

²⁹Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

³⁰Art. 6 RBI bis, 1. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25. 2. Toda persona, sea cual sea su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar frente a dicho demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado miembro, las normas de competencia judicial vigentes en el mismo, y en particular aquellas que han de comunicar a la Comisión de los Estados miembros de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a).

³¹Art. 25.2 LOPJ, en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

También será aplicable el art. 25.3 LOPJ³², ya que los litigios en materia de Seguridad Social son materia excluida de forma expresa en el art. 1.2 c) RBI bis; por lo que para determinar si son competentes los Tribunales españoles acudiremos directamente a este apartado.

Por último, el art. 25.1 LOPJ³³ tiene una aplicación residual, ya que la mayoría de los foros que establece, quedan desplazados por el Reglamento, máxime la extensión cuasiuniversal del mismo:

- Cuando el contrato se haya celebrado en España, en este caso, deben concurrir más elementos vinculantes, *so pena* de foro exorbitante, como pueda ser que el proceso de selección o la oferta de empleo se hayan producido en nuestro territorio.
- Cuando se trate de contrato de embarque, serán competentes los tribunales españoles si el contrato fue precedido de una oferta realizada en España y a un trabajador español. De forma específica, tenemos un foro cuya aplicabilidad solo será efectiva cuando el RBI bis no sea de aplicación, cuando el empresario no tenga domicilio en algún EEMM y el pabellón del buque no se encuentre en territorio comunitario.

En definitiva, el art. 25 LOPJ solo podrá usarse en el litigio cuando no exista domicilio del demandado en territorio comunitario o ni agencia o sucursal, y sin que el lugar de la prestación habitual de los servicios sea un EEMM; y también cuando no haya un acuerdo de sumisión, por ello el recurso a la LOPJ es muy limitado, siendo prácticamente inaplicable el art. 25.1 LOPJ.

El RBI bis destina su Sección 5 al contrato individual de trabajo recogiendo en sus artículos 20 a 23 los foros de competencia; al respecto el art. 21 procede cuando *la empresa es la demandada* y el art. 22 cuando lo es *el trabajador*, evidentemente de menos aplicación ya que las decisiones que son adoptadas normalmente por la empresa se recurren; conviene destacar al respecto la utilización como *foro general* de los Tribunales de EEMM donde este el domicilio del demandado, se añade en caso de empresa demandada *el especial*, del lugar habitual de prestación de los servicios o su variante cuando este no se puede determinar tribunal de la sede de la empresa.

³²Art. 25.3 LOPJ, en materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan su domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.

³³Art. 25.1 LOPJ, en materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios en España o el contrato de trabajo se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de la prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

Existe además la posibilidad de sumisión a un tribunal concreto, contenido en el art. 23; para que el acuerdo sea válido incorpora dos requisitos en protección del trabajador: 1) prevalecerá sobre los foros anteriores cuando el acuerdo expreso o tácito se produzca posteriormente al nacimiento del litigio; 2) cuando el trabajador haga valer el acuerdo posterior al litigio con su demanda, de tal manera que el existente de forma expresa en el propio contrato de trabajo, no tendrá efectos salvo que lo haga valer el trabajador con su demanda.

A modo de ejemplo citaremos la STS núm. 930/2013, de 30 de diciembre de 2013³⁴, donde el Tribunal declara la falta de competencia para entrar a conocer del asunto. El litigio se centra en el despido de un trabajador que acude a los tribunales del orden social ubicado en Madrid, encontrándose las empresas demandadas en Irlanda y el trabajador realiza su trabajo en Noruega, entiende el tribunal español que la demanda deberá ser atendida por el tribunal irlandés o noruego, ante el no cumplimiento de los foros. En este caso, la única posibilidad sería el acuerdo de las partes de someterse al tribunal español en los términos del art. 23 RBI bis.

La STJUE (Gran Sala) de 19 de julio de 2012 (As. C-154/11)³⁵ interpreta que la embajada de un tercer Estado situada en territorio de un EEMM constituye un establecimiento a efectos de dicha disposición, en un litigio relativo a contrato de trabajo celebrado por éste en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público. Una cláusula de sumisión procesal otorgada antes del nacimiento del litigio está comprendida en el ámbito de aplicación de esa disposición en la medida en que ofrece al trabajador la posibilidad de formular demandas en otros tribunales, además de otros tribunales normalmente competentes en virtud de las reglas especiales.

³⁴Recurso de Casación interpuesto por las empresas Workforce International Contractors Limited y Rayanair Limited contra la sentencia recaída en suplicación interpuesta por Don JFMM. La citada sentencia versa sobre si los tribunales españoles son competentes para entrar a conocer un litigio. El trabajador está domiciliado en España y con residencia habitual en Oslo y las empleadoras demandadas tienen domicilio de su establecimiento principal en Irlanda, el contrato no fue celebrado en España y los servicios eran prestados fuera del territorio español.

³⁵Procedimiento planteado entre Ahmed Mahandia y República Argelina Democrática y Popular. El litigio se centra en el despido del trabajador por el Ministerio de Asuntos Exteriores donde prestaba servicios de chofer en la embajada de Argelia ubicada en Berlín, con cláusula de sumisión a los tribunales argelinos.

5.- LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO. REGLAMENTO ROMA I

La ley aplicable al contrato de trabajo internacional se encuentra contenida en el RRI sucesor del Convenio de Roma de 1980, que tiene como característica fundamental su aplicación de forma universal³⁶, esto es, se aplica siempre y la ley que designe la norma comunitaria será de aplicación aunque no pertenezca a un EEMM. Además, como señala el art. 28, surte efecto jurídico en los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre del 2009 y a los contratos anteriores a dicha fecha se aplicará su antecesor CR.

El art. 8 del Reglamento, contiene la regulación específica en materia de contrato de trabajo y se parte de la premisa de que en este contrato, al igual que ocurre con el contrato de seguros o de consumo, existe una parte débil, que es el trabajador, de ahí que *se proteja* al mismo tanto en *la elección de ley aplicable*, como utilizando una cláusula de escape por *vínculos más estrechos*. A partir del RRI se ha desplazado dos preceptos de nuestro Derecho autónomo, tanto el art. 10.6 CC como el art. 1.4 ET que quedan sin aplicación.

Respecto de la ley aplicable a los contratos internacionales en general, cabe mencionar en primer lugar la presencia de la libertad de las partes para elegir el Derecho aplicable, que es un principio general del art. 3 RRI³⁷. Así el considerando 11 del RRI³⁸ alude a la libertad de las partes como punto esencial del sistema conflictual de leyes «*el Derecho internacional privado positivo atribuye a los particulares, en sectores materiales cada vez más extensos, el poder de elegir la ley aplicable a sus actos y relaciones jurídicas; así como el tribunal competente para conocer de sus controversias, ya sea un tribunal estatal o un tribunal arbitral*»³⁹.

No obstante la primera fórmula manifestada para una protección efectiva de la parte débil en la relación contractual es la configuración de la autonomía de la voluntad conflictual de forma limitada y garantista. Se debe aclarar, que la autonomía de la voluntad conflictual permite a las partes tener libertad para determinar la ley

³⁶Vid art. 2 Roma I, p. 8

³⁷Art. 3 RRI, 1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

³⁸Considerando núm. 11, la libertad de las partes para elegir debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.

³⁹BOUZA VIDAL, N., *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*, Cursos Vitoria- Gastéiz, 2004, p. 8

aplicable y esta es distinta de la material que supone una libertad de establecer pactos concretos en el contrato.

5.1. Evolución de la Ley aplicable

El CR marca un hito importante en la convivencia de los EEMM con la incorporación de unas bases legales que resultan esenciales para la resolución de conflictos normativos. Esta norma actuaba en aquellos ámbitos en que coinciden distintos derechos donde se han eliminado barreras internacionales y existe la libre circulación de bienes, servicios, capitales o personas por el espacio europeo y extiende su ámbito territorial a las obligaciones extracomunitarias.

Supuso un avance normativo en cuanto a la delimitación de ley aplicable al contrato, basándose en una serie de precisiones, puesto que la elección de ley aplicable no es absoluta, en tanto que nos encontramos ante un Derecho subjetivo que actúa a favor de las partes. Ello es debido a la exigencia de una serie de requisitos que establece el art. 3 del CR: 1) *que la elección de ley sea clara e inequívoca, cierta y no presunta o hipotética (...)* 2) *que la ley elegida sea la ley de un Estado miembro (...)* y, 3) *que el negocio jurídico sea válido en cuanto al fondo, forma y existencia y validez del consentimiento de los contratantes (...)*⁴⁰.

Además, sentó las bases para configurar un sistema de uniformidad de las normas que debían regir las obligaciones de las partes, encaminado a la normalización del mercado interior.

En materia de contrato individual de trabajo, el art. 6 del CR regula las circunstancias necesarias para establecer la ley aplicable en base al artículo anterior. En caso de no existir la elección de ley, el apdo. 2 se refiere al lugar habitual de la prestación del servicio, al establecimiento por el cual se haya efectuado la contratación del trabajador y en último término, que se deriven una serie de circunstancias de las cuales existan vínculos más estrechos con la ley de otro país. Estos vínculos advertían una especial importancia, puesto que el art. 4.1 expresa que a falta de elección de ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos, esto se concreta en *«el punto de arquitectura del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 es el principio de los vínculos más estrechos. Este principio*

⁴⁰CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 18, 2000, p. 13

garantiza la aplicación al contrato de la Ley del Estado con el que dicho contrato presente la más estrecha vinculación»⁴¹.

El Convenio es sometido a revisión en el año 2002 por la Comisión europea presentando un proyecto de conversión denominado *Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumentos comunitarios y sobre su actualización COM (2002)*⁴², presentando en 2005 la propuesta para transformar este Convenio en una herramienta jurídica al servicio de los EEMM, mediante un Reglamento con aplicabilidad directa y general, «*este Reglamento supone, por tanto, la actualización del Convenio de Roma en el marco del actual proceso de codificación de la normativa europea que se orienta a mejorar la transparencia y coherencia interna del acervo comunitario*»⁴³.

Al respecto cabe señalar que el Reglamento introdujo cambios en la interpretación de las normas, que modifica las anteriores reglas, esencialmente conviene destacar las siguientes novedades:

- En primer lugar, adquiere especial importancia la elección expresa de una ley aplicable, la derivada de los términos del contrato, esto es, la autonomía de la voluntad conflictual.
- En segundo lugar, en cuanto a la determinación de una ley que regule el contrato individual de trabajo por voluntad de las partes, el art. 8.1 *in fine* establece el mandato imperativo en cuanto a que la elección de la ley no podrá privar al trabajador de la protección que le aseguran las normas aplicables en defecto de elección, adquiriendo el juez una posición determinante en la decisión de la ley que regule el contrato, al necesitar una labor de análisis y comparación.
- En tercer lugar, ante el carácter universal del nuevo Reglamento, se permite la elección y aplicación de una ley no perteneciente a un EEMM.
- Además, en cuarto lugar, el principio de proximidad se consagra en el 8.4 RRI, una cláusula de escape, siempre con efecto sobre aplicabilidad de la ley elegida y previa comprobación de los puntos de conexión de los apartados 2 y 3 del mismo artículo;

⁴¹LORENTE MARTINEZ, I., Convenio de Roma 1980 y Reglamento Roma I. *Ley aplicable a las obligaciones contractuales. El contrato de transporte de mercancías y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Cuadernos de Derecho Transaccional, Vol. 7, Nº 1, pp. 271

⁴²Libro Verde redactado en forma de cuestionario con el que la Comisión Europea estudiaba la oportunidad de transformar el Convenio en un instrumento comunitario y modernizarlo. Recurso consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52002DC0654>

⁴³MOLINA MARTIN, A., La movilidad geográfica internacional de trabajadores, Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero. Ed. Universidad de Granada, 2009

por lo que hay que analizar con los índices de localización del caso concreto, a efectos de la existencia *de posibles vínculos más estrechos* con otro ordenamiento, en los términos que analizaremos a continuación.

- En quinto y último lugar, se determina la habitualidad en un país en cuanto a la realización del trabajo determinando la ley del lugar de prestación de los servicios, con independencia de desplazamientos temporales y recogiendo la jurisprudencia del TJUE para su concreción.

5.2. Ley elegida por las partes. Autonomía de la voluntad conflictual

Uno de los principales objetivos que caracterizan el RRI, es su carácter protector de la parte débil en el contrato de trabajo, aportando como garantía la elección de la ley aplicable, la cual debe ser consensuada por las partes, debiendo existir un pacto expreso o tácito que asegure siempre la aplicación de un derecho laboral protector de aquellas disposiciones favorables que resultan irrenunciables⁴⁴.

Según el art. 8.1 del RRI, *«el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3»*. Pero como bien indica al final de su articulado tal elección no podrá *«tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones...»*. Si efectivamente existe ley elegida, corresponderá ser esta la aplicada, aunque primero debe ser comparada, ya que existe un límite material *a posteriori* a efectos de comparar si mejora la ley que hubiera sido de aplicación en defecto de elección.

A efectos comparativos y para dar o no aplicabilidad a la ley elegida existen tres puntos de conexión:

- a) La ley del país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo.
- b) La ley del país donde se sitúa el establecimiento del empleador, sino se puede determinar país habitual.
- c) La cláusula de escape, vínculos más estrechos con otro país si no se puede determinar la ley aplicable.

La elección de ley aplicable en la relación contractual es, por tanto, libre *a priori*, pero se encuentra limitada materialmente *a posteriori*, ya que tal elección solo se aplicará si mejora el derecho laboral que hubiera sido de aplicación al contrato de

⁴⁴Considerando núm. 35, los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse en su beneficio.

trabajo cuando no hubiera existido elección, por tanto, nos encontramos ante la figura de la *autonomía de la voluntad dependiente o materialmente orientada, condicionada al resultado*, a la comparación por tanto con aquella ley que hubiera sido de aplicación si no se hubiese concretado la ley elegida.

5.3. Ley del lugar de la prestación habitual de los servicios

En el supuesto en que las partes no hayan designado cual es la ley aplicable, el apdo. 2 del art. 8 argumenta que el contrato se someterá a la ley del país en el cual el trabajador, en ejecución de su contrato, realice su trabajo habitualmente. A su vez se puntualiza que no habrá un cambio del lugar habitual si el trabajo es realizado en otro país de forma temporal, por lo que el trabajador volverá al lugar del que partió para realizar un trabajo con carácter temporal⁴⁵. De este supuesto se deduce que la norma busca evitar que el trabajador se vea sometido a una imposición del empresario, en cuanto a la protección efectiva de los derechos del trabajador.

Para determinar el *lugar de trabajo habitual*, recurrimos a la jurisprudencia del TJUE, «*aquel que concentre la porción más importante del tiempo trabajado, el lugar donde tenga instalado su centro de operaciones, o el lugar en el que el trabajador desarrolle la parte más importante de su actividad retribuida*»⁴⁶.

En la STJCE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011 (As. C-29/10)⁴⁷, se plantea la cuestión de un empleado que presta sus servicios en varios Estados contratantes para el cumplimiento de sus misiones como transportista. En la citada sentencia se declara que el lugar habitual de la prestación de los servicios es donde está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo se debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones.

⁴⁵Considerando núm. 36 por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero (...)

⁴⁶VILLA FOMBUENA, M., *La prestación de servicios transnacional, Una nueva perspectiva de análisis*, 2015, p. 183

⁴⁷Petición de decisión prejudicial planteada por Heiko Koelzsch contra la sociedad Gasa Spedition Luxembourg S.A. La cuestión trata de resolver cual ha de ser la ley aplicable al contrato de trabajo ante un despido de un trabajador que realizaba sus servicios en distintos Estados como conductor de envíos internacionales.

En otras sentencias tenemos una acumulación de asuntos referidos al transporte aéreo, las STJUE (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2017 (C-168/16 y C-169/16)⁴⁸ versan sobre el lugar donde habitualmente se desarrolla el trabajo. En dichas sentencias se establecen dos conceptos a tener en cuenta para la determinación de la habitualidad. En este sentido se ha pronunciado el Abogado del Estado concluyendo que se ha de tener en cuenta el lugar desde donde se parte y a donde se regresa, donde comienza su jornada laboral, el lugar donde recibe las instrucciones o el lugar donde está obligado contractualmente a residir.

En el caso de trabajo realizado para instalaciones flotantes fijas o móviles en explotación de recursos naturales, la STJUE (Sala Sexta) de 27 de febrero de 2002 (As. C-37/00)⁴⁹ donde se plantea la CJI de los tribunales debiendo aclarar el lugar en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo. En el caso de un contrato de trabajo en ejecución del cual el trabajador por cuenta ajena ejerce las mismas actividades por cuenta de su empresario en más de un Estado contratante, en principio debe tenerse en cuenta la duración de la relación laboral en su totalidad para determinar el lugar en el que el interesado desempeñaba habitualmente su trabajo, a efectos de dicha disposición. A falta de otros criterios, este lugar es aquel en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo. Sólo podría llegarse a otra conclusión si, a la vista de los elementos fácticos del caso de autos, el objeto de la controversia presentara unos vínculos más estrechos con un lugar de trabajo distinto.

5.4. Ley de la sede de la empresa

Siguiendo la línea del apdo. 3, el hecho de que no pueda ser determinada la ley aplicable en virtud del art. 8.2 RRI por no poder establecerse un lugar de prestación habitual del trabajo, el contrato se verá sometido a la ley del país donde se encuentre el establecimiento a partir del cual se haya contratado al trabajador. Ahora bien, para

⁴⁸Se trata de un asunto acumulado, Sandra Nogueira y otros/Crewlinl Ltd y Miguel José Moreno Osácar/Rayanair, presentando peticiones de decisión prejudicial sobre competencias de contratos individuales y lugar habitual de trabajo con el objeto de determinar el lugar donde se prestan habitualmente los servicios.

⁴⁹La cuestión prejudicial referente a la demanda interpuesta por Herbert Weber contra Universal Ogden Servicios Ltd. ante la extinción de la relación laboral de un cocinero en una plataforma marina continental holandesa y en buques de instalaciones mineras bajo pabellón holandés, pero en aguas territoriales de distintos Estados.

llevar a buen término la exigencia de este artículo, se debe establecer una definición clara de *domicilio o residencia habitual*, de las empresas y sus establecimientos⁵⁰.

El *establecimiento o sede de la empresa* que da lugar a la contratación del trabajador tiene varios supuestos a examinar, en primer lugar se referirá al lugar donde se formalizó el contrato de trabajo, pero cabría otra interpretación, y se refiere cuando se den prestaciones plurilocalizadas, es decir, existe un lugar para la celebración del contrato y otro para la ocupación, en el supuesto de que ambos no coincidan, y atendiendo a la seguridad jurídica, se deberá optar por la ley en el que se originó el contrato⁵¹.

En este sentido aportamos dos sentencias que se pronuncia a este supuesto concreto. Por un lado la STJUE (Sala Cuarta) de 15 de diciembre de 2011 (As. C-384/10)⁵² en dicho procedimiento judicial se entiende que el concepto de establecimiento del empleador que contrata al trabajador se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a la contratación del trabajador y no a aquel vinculado por su ocupación efectiva.

Y, por otro la STJUE (Sala Sexta) de 10 de abril de 2003 (As. C-437/00)⁵³ donde se produce un litigio entre un trabajador por cuenta ajena y un primer empresario, el lugar en el que el trabajador cumple sus obligaciones respecto a un segundo empresario puede ser considerado como el lugar en el que desempeña habitualmente su trabajo, siempre y cuando el primer empresario, respecto al cual están suspendidas las obligaciones del trabajador tenga, por su parte, en el momento de la celebración del segundo contrato, un interés en la ejecución de la prestación que ha de efectuar el trabajador para el segundo empresario en un lugar determinado por este último. La existencia de dicho interés ha de ser apreciada de forma global, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.

⁵⁰Considerando núm. 39, la seguridad jurídica exige una definición clara de residencia habitual, en particular para en las sociedades o personas jurídicas (...)

⁵¹Vid VILLA FOMBUENA, M., p.184

⁵²Caso Jan Voogsgeerd contra Navimer S.A., en la cuestión prejudicial se plantea la necesidad de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo a través del establecimiento del empleador que hubiere o a partir del cual hubiese contratado al trabajador.

⁵³Asunto Giulia Plugiese contra Finmeccanica SpA, asunto en el que se plantea la celebración de contratos sucesivos con dos empresarios distintos, quedando en suspenso el primer contrato de trabajo durante la ejecución del segundo, debiendo determinar el lugar o desde el cual se cumple lo esencial de las obligaciones contractuales.

5.5. Clausula de escape: vínculos más estrechos

El último punto de conexión del artículo 8 RRI, apdo. 4⁵⁴, hace mención a la relación con otro país, presentando este vínculos más estrechos con el contrato de trabajo; en cuyo caso el juez deberá aplicar la ley de ese otro país, es decir, se trata de una clausula de escape que atiende a un principio de proximidad⁵⁵, al que nos hemos referido anteriormente.

La STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013 (As. C-64/12)⁵⁶ se pronuncia ante una controversia, en concreto se plantea si la ley aplicable al contrato de trabajo debe primar el lugar habitual de la prestación de los servicios o, por el contrario, se debe priorizar la cláusula de escape del art. 8.4 Pues bien, siguiendo el análisis de la citada sentencia la clausula de excepción será de aplicación aun cuando el trabajador realice sus servicios -de modo habitual- en un mismo país, si del conjunto de circunstancias se comprueba inequívocamente que existen vínculos más estrechos.

Por tanto, aunque el trabajador haya venido realizando una prestación de servicios de forma habitual en un país, el juez puede no aplicar dicha ley, en tanto que constate la existencia de una vinculación con otro país y, aun cuando no se considere la ley más favorable para el trabajador.

En conclusión, lo que se persigue es la aplicación del derecho laboral más vinculado al supuesto concreto, no necesariamente el más favorable, de tal manera que cuando el único elemento extranjero en la relación laboral, es el lugar de prestación de los servicios, estando el resto de los elementos del supuesto vinculados al Derecho español (nacionalidad o domicilio de la empresa, nacionalidad del trabajador, selección, etc.) se aplicará el Derecho laboral español, en virtud de esta clausula de escape que permite inaplicar las soluciones anteriores de los art. 8.2 y 8.3

⁵⁴Art. 8.4 RRI, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicara la ley de ese otro país.

⁵⁵Considerando núm. 20, si el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una clausula de escape debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinarse dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

⁵⁶Caso Melitta Josefa Boedeker contra Anton Schleckker en referencia a la interpretación de las normas para determinar la ley aplicable, en ejecución de contrato de trabajo, salvo que en el contrato exista una vinculación más estrecha con la ley de otro país.

6.- LA DIRECTIVA BOLKESTEIN

La Directiva Bolkestein⁵⁷ pretende favorecer la libre circulación de los servicios y la libertad de establecimientos de las empresas dentro de la UE, buscando la adaptación al nuevo modelo globalizado de la economía, tratando así de favorecer el funcionamiento del mercado interior en la Unión. Así, para facilitar el cumplimiento de estas libertades se introdujeron nuevos mecanismos:

- a. Procedimientos más simplificados.
- b. La creación de una ventanilla única para acelerar los trámites.
- c. Una regulación de la obligación de información de los trabajadores.
- d. Nuevos regímenes y procedimientos de autorización en los EEMM para la libre circulación de los servicios y la libertad de establecimiento.

La principal discordia que generó esta norma fue el llamado «*principio del país de origen*», por las consecuencias que podría traer consigo para los derechos laborales de los trabajadores y para la libre competencia empresarial. El principio solo requería a las empresas cumplir con las exigencias legales del país donde se hallaba su establecimiento, fueran cuales fueran las protecciones laborales que ofrecían, pudiendo desplazar a sus trabajadores a cualquier EEMM, sin tener que atender a la legislación del país receptor de esos trabajadores.

En España la transposición de la Directiva se llevó a efecto a través de tres leyes principales:

- *La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.* La Ley declara que el sector servicios posee una regulación compleja y puede resultar obsoleta e inadecuada lo que puede generar distorsiones en el buen funcionamiento de los mercados, por ello su objeto se centra en garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizado en territorio español, por empresas que estén establecidas en España u otro EEMM de la UE, sin que se requiera autorización administrativa salvo casos excepcionales donde se recojan limitaciones por leyes reguladoras específicas y siendo necesario como único elemento obligatorio una declaración responsable por parte de la empresa prestadora.

- *La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*

⁵⁷Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

El propósito de la modificación se basa en suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente en la UE el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio debiendo proceder a una evaluación de la normativa reguladora del sector para adecuarla a los principios de la Directiva. El objetivo de la ley es doble, por un lado adaptar la normativa estatal y por otro lado, generar un entorno más predecible a los agentes económicos que supongan un impulso a la economía.

- Y, por último, *la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que estable un marco de mínimos aplicable en toda España*. Actualmente, se regula por la nueva *Ley 1/2010, de 1 de marzo*, donde los establecimientos comerciales no están sujetos a régimen de autorización, aunque las CCAA si puedan imponerlo por razones justificadas o de interés público. La reforma se produce a consecuencia del mandato de la Directiva, con el objeto de atender las nuevas demandas de los consumidores y cambios en los hábitos de consumo, teniendo en cuenta que el ámbito comercial es Europa.

Esta Directiva 2006/123/CE, supuso uno de los principales elementos para configurar un autentico mercado interior en la UE, generando cambios en las Administraciones Públicas de los EEMM y potenciando la eliminación de las barreras burocráticas que limitasen el desarrollo de actividades de servicios.

7.- DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES DENTRO DE LA UE

7.1. Delimitación del concepto

Los ciudadanos de la UE son objeto de un conjunto de principios fundamentales, que buscan garantizar que los EEMM ofrezcan unas condiciones mínimas que impliquen un trato igualitario ante la discriminación, la exclusión social, la protección del empleo o los movimientos migratorios.

El desplazamiento temporal puede decirse que es la ejecución de un trabajo a favor de un empleador, que traslada durante un cierto tiempo, a uno o más trabajadores a otro país distinto de aquel donde se encuentra establecida la empresa y donde el trabajador realiza su trabajo de manera habitual.

Conviene matizar el concepto, y diferenciar el *desplazamiento temporal* de trabajadores dentro de la UE de la *libre circulación de los trabajadores*. Dentro del territorio comunitario habida cuenta se trata de conceptos bien diferenciados:

- *La libre circulación de los trabajadores* se refiere al derecho del ciudadano de responder a una oferta de trabajo en un país distinto sometiéndose a la legislación de ese otro país.

- *El desplazamiento temporal*, por el contrario, no conlleva la aplicación de un derecho laboral distinto ni tampoco entra el trabajador a formar parte del mercado laboral de ese otro país de destino, esto es, su regulación jurídica es distinta, no se basa «*en la libre circulación de trabajadores, sino en la libertad de prestación de servicios, una de las libertades fundamentales reconocidas en los Tratados y que se entiende que incluye el derecho del empresario al acceso temporal de sus trabajadores al otro país en el que preste esos servicios (...)*»⁵⁸, ya que responde a la libre prestación de servicios y establecimiento de las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores del país de origen donde prestan servicios habitualmente al país de destino con carácter temporal.

El TFUE, en la materia que nos ocupa, dedica su art. 56⁵⁹, antiguo art. 49 TCE, a prohibir toda restricción que evite en cualquier EEMM la libre prestación de un servicio por parte de las empresas en cualquier país comunitario, incluyendo a las empresas de un tercer Estado que se haya establecido dentro de la Unión.

En las propuestas aportadas en el Libro Verde⁶⁰ para transformar el CR en un instrumento al servicio comunitario, aborda en la Cuestión núm. 14 algunas consideraciones relativas al desplazamiento temporal con el objeto de eliminar lagunas jurídicas relativas a su redacción.

Dado que el término *desplazamiento temporal*, no está exento de interpretaciones y afecta directamente al *modus operandi* de la aplicación de la ley rectora de cada EEMM, resulta esencial aclarar los criterios que van a regular específicamente este tipo de relación contractual, a fin de asegurar los derechos y

⁵⁸PIÑERO RODRIGUEZ, M., el desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE, Revista Derecho de las relaciones laborales, N° 5, mayo de 2016. Recurso consultado en http://www.ctesc.gencat/docsecure/doc_76094612_1.pdf

⁵⁹Art. 56 TFUE, en el marco de las disposiciones siguientes, quedaran prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

⁶⁰Vid Libro Verde, p.16

condiciones que se deben garantizar puesto que la inseguridad jurídica que ha generado no es baladí.

En este sentido, se pretendía aportar soluciones normativas en aspectos no regulados legalmente y que aportaran soluciones en supuestos de desplazamiento temporal, entre ellas concretar un concepto de desplazamiento temporal *a priori* o el hecho de dejar al juez la apreciación del desplazamiento *a posteriori*. La solución final por parte de la Comisión no ha sido otra que dejar nuevamente al criterio de los jueces el tener que determinar el tiempo empleado en el desplazamiento. Señalar como apunte que la intención de aclarar que se entiende por *periodo limitado* o *plazo preciso* ha quedado en una mera intencionalidad⁶¹.

Debemos diferenciar, con carácter previo a determinar la configuración jurídica y fáctica del desplazamiento temporal, la existencia de distintas modalidades que requieren la ejecución de la prestación servicios en otro país:

- *Trabajadores transfronterizos*: tienen una doble vertiente, aquellos que trabajan en otro EEMM pero residen en su país de origen, como aquellos que trabajando en su país de origen residen en otro EEMM, siendo regulados por la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento 492/2011. Estos trabajadores tienen la característica de transitar de un país a otro, pero no es una condición exigida para el cumplimiento de su contrato, esto es, el mantenimiento del lugar de prestación habitual de los servicios por lo que no produce desplazamientos temporales.

- *Movilidad geográfica*: existen varios supuestos, pero contemplamos solo la movilidad geográfica temporal, que es aquella en la que se produce un cambio de centro de trabajo y puede llevar consigo un cambio de residencia o no. En este sentido el art. 40 ET entiende que el desplazamiento establece la necesidad de que se originen causas técnicas, organizativas, económicas o de producción que lo justifiquen y si se produce un desplazamiento temporal a efectos de DIPr se aplicará la Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999.

- *Traslado*: es un cambio definitivo por el que el trabajador deberá realizar su actividad en otro establecimiento de la empresa en un territorio distinto, por lo que se hace necesario un cambio de residencia. También como en el caso anterior, se

⁶¹YBARRA ALFONSO, B., el carácter temporal en el desplazamiento internacional de trabajadores a efectos de la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo: hacia un concepto autónomo de temporalidad en el marco del convenio de roma de 19 de junio de 1980, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

requieren de las mismas causas acreditadas que justifiquen la movilidad y no constituya un desplazamiento temporal, sino que cambia el lugar de prestación habitual de servicios.

- *Trabajadores móviles*: son trabajadores itinerantes que requieren de desplazamientos continuados en el cumplimiento de sus obligaciones, como es el caso del transporte por carretera, las compañías navieras o las compañías aeroportuarias. Aquí no existen desplazamientos temporales ya que mantiene un lugar habitual de la prestación de servicios.

- *Empresas de trabajo temporal*: se produce el desplazamiento de un trabajador por parte de una ETT que cede a otra empresa que ejerza su actividad en España, o al contrario, el trabajador de una ETT que es puesto a disposición de una empresa en el extranjero. Aquí si se produce un desplazamiento temporal y es objeto de regulación por la Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999.

- *Trabajadores expatriados*: ante la internacionalización de las empresas, se está convirtiendo en práctica habitual el desplazar a trabajadores fuera del país, aunque deberá ser por un periodo de tiempo delimitado, de lo contrario se considera traslado, aunque esta práctica en general se realiza en puestos de confianza o alta dirección. En este desplazamiento temporal normalmente ya existe un acuerdo elección de ley aplicable por lo que no suelen suscitar controversias jurídicas.

7.2. Jurisprudencia comunitaria: Lugar habitual vs desplazamientos

Para identificar un desplazamiento temporal de trabajadores, el TJUE ha venido utilizando el criterio de *temporalidad* que implica que la mayor parte del cumplimiento de sus obligaciones las realiza en un lugar concreto y el desplazamiento temporal que es ocasional, no modifica el país de prestación habitual de los servicios, de tal manera que como señala el art. 8.2 RRI no se debe tener en cuenta ese desplazamiento temporal para concretar el derecho aplicable, al mantenerse el país de prestación habitual de servicios, pues el carácter temporal de uno o varios desplazamientos no modifica la regla.

Ahora bien, no todo es la temporalidad. En este sentido el propio TJUE ha añadido que no es exclusivo el criterio de temporalidad lo que delimita si hay lugar de prestación habitual y los desplazamientos temporales no influyen en la regla, pues

debemos tener en cuenta que existen prestaciones que requieren de desplazamientos continuados, en los que se debe atender *al lugar de donde parte y de donde regresa*⁶², siendo el lugar habitual de los servicios o *el centro de operaciones*⁶³, que se considera aquel lugar donde es planificado y *organizado el trabajo*⁶⁴.

Por tanto, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre determinación de la existencia de un lugar habitual de los servicios, y *a sensu contrario* para que exista un desplazamiento real de un trabajador en el ejercicio de sus funciones en otro país, las empresas han de cumplir unos requisitos:

- 1) La empresa ha de realizar una actividad real en el Estado en que se ha establecido, evitando un modo aparente que tenga como único objetivo el traslado de trabajadores para obtener ventajas por la utilización de una normativa más favorable para sus intereses empresariales.
- 2) Se debe ponderar la actividad que realiza la empresa en el Estado de establecimiento, con aquella actividad realizada en el Estado de acogida.
- 3) Se requiere, además, que la empresa ponga a disposición los elementos personales y materiales que deben formar parte de su estructura empresarial⁶⁵.

Este conjunto de criterios, aportan reglas a seguir para determinar cuando estamos en presencia de desplazamientos temporales y establecer medidas unitarias en la protección del trabajador, asegurando que se cumplan unas condiciones laborales y como ya se ha mencionado, evitar el *dumping social*.

8.- DIRECTIVA SOBRE DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES EN LA UE

La base jurídica de la Directiva 96/71/CE se encuentra en los artículos 56 a 62 del TFUE. Su principal cometido es asegurar el libre establecimiento de las empresas y la libre prestación de los servicios, siendo necesaria la eliminación de las barreras transfronterizas en los EEMM asegurando que el mercado interior cumple sus objetivos: conseguir el pleno desarrollo de los comercios y la libre demanda de trabajadores.

⁶²STJUE de 14 de septiembre de 2017, Nogueira/Crewlinl Ltd, (Asunto C-168/16 y C-169/16)

⁶³STJCE de 13 de julio de 1993, Mulox BC (Asunto C-125/92)

⁶⁴STJUE de 15 de marzo de 2011, Kolezsch (Asunto C-29/10)

⁶⁵Criterio técnico núm. 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p. 4
http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_97_2016.pdf

La libre movilidad intraeuropea de las empresas y de trabajadores es el elemento clave de la configuración del mercado interno donde se puedan crear nuevas oportunidades de desarrollo para impulsar la economía, se abrevien las normativas estatales y promuevan el sector servicios en todos sus ámbitos, ya que, entre los objetivos de la Unión, ha estado presente desde sus inicios, el bienestar de las sociedades, el progreso económico, el pleno empleo y la lucha contra la discriminación.

El propósito de la Directiva se dirige a regular la competencia desleal de empresas. En este punto, la norma intenta, no sin dificultad, equilibrar las distintas legislaciones de los EEMM que impidan la elusión y evasión de las normas que quieren proteger los derechos laborales. Estos comportamientos suponen la creación de empresas pantalla, a partir de las cuales consiguen beneficios por incluirse en legislaciones laborales menos protectoras, cuestión que veremos más adelante.

8.1. Objetivos de la Directiva 96/71/CE

Entre los principios que se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales⁶⁶ está presente el respeto que se ha de tener a unas condiciones mínimas en el lugar de trabajo y empleo cuando se produce un desplazamiento para realizar una prestación de servicios en cualquier Estado perteneciente a la Unión.

Lo significativo de hacer valer los derechos laborales de una persona, no se encuentra tanto en poner a disposición de los Estados normas imperativas o imponer la obligación de establecer mecanismos de control, más bien esta en equilibrar las fuerzas de los distintos principios fundamentales, en tanto que las libertades económicas no sometan y vulneren los usos y prácticas que son propios de los EEMM en la defensa y protección del ámbito social.

El ámbito protector de la Directiva 96/71/CE⁶⁷, se engloba en la liberalización de la economía, a la vez que trata de buscar unas condiciones favorables para los trabajadores, en un espacio marcado por regímenes jurídicos desiguales. Se trata entonces de alcanzar un mercado laboral más justo destinando medidas concretas que impidan un tratamiento distinto en las materias fundamentales que componen la

⁶⁶Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), Recurso consultado en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

⁶⁷Vid Directiva 96/71/CE, p. 8

relación laboral. Existe una delicada línea, la compatibilidad entre asegurar la libertad económica y proteger la libre prestación de los servicios.

Según establece la Directiva 96/71/CE, el trabajador desplazado⁶⁸, es todo aquel, que durante una duración limitada de tiempo, realiza su trabajo en territorio de otro EEMM distinto de aquel en el que ejecuta habitualmente su trabajo. Atendiendo al contenido material de la Directiva, esta no busca la igualdad entre los trabajadores, sino asegurar condiciones mínimas de protección en el país de acogida, que han de ser respetadas por el empleador que desplace a trabajadores para la realización de un trabajo temporal⁶⁹.

Como ya hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo, el *dumping social*, juega a favor de intereses económicos y, como hemos visto, la libertad de establecimiento de la empresa impera sobre la libre prestación de servicios en condiciones idóneas. Se puede afirmar en este sentido, que los intereses económicos particulares someten, en muchas ocasiones, el avance del Estado social.

Relacionado con *dumping social*, aparece un nuevo concepto, las *empresas buzón* o *empresas pantalla*, que se establecen como entidades jurídicas en Estados de la Unión donde tienen escasa actividad económica con el objetivo de acceder a condiciones fiscales más ventajosas, menoscabando los derechos laborales y además incidiendo en los ingresos de las instituciones públicas.

En este sentido, se ha producido una reciente sentencia en materia de transporte público, en la cual se trata de esclarecer cuales han de ser las condiciones sobre las que se sustenta el servicio. En la STJUE (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017 (As. C-434/15)⁷⁰, conocida como Uber, se pone de manifiesto la necesidad de regular la prestación de dicho servicio. La empresa Uber Systems Spain, S.L. presta un servicio de transporte por medio de una plataforma digital, mediante la que se pone en contacto al conductor no profesional que utiliza su propio vehículo para el transporte de los clientes. La asociación de taxistas de Barcelona interpone demanda al entender que ni

⁶⁸ Art. 2 Directiva 96/71/CE

⁶⁹ Considerando núm. 13 Directiva 96/71/CE, las legislaciones de los Estados miembros deberán ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio de un Estado miembro de la prestación de servicios; que dicha coordinación solo podrá llevarse a cabo mediante el Derecho comunitario.

⁷⁰ Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L., Uber mediante una aplicación en dispositivos móviles facilita el contacto del conductor con el cliente. Se considera que la prestación de dicho servicio constituye una práctica engañosa y desleal al exigirse para la realización de dicho servicio las licencias correspondientes.

los conductores son profesionales ni sus vehículos cuentan con las licencias y autorizaciones necesarias previstas en el Reglamento del taxi por lo que se produce una competencia desleal.

Un primer objetivo de la Directiva es abordar el deterioro de los derechos laborales del trabajador desplazado, esto es, un trabajador desplazado deberá obtener una misma retribución que otro trabajador que desempeñe idéntico trabajo en el mismo lugar.

El segundo objetivo se concreta en impedir la competencia desleal de las empresas⁷¹. Las empresas que sí respetan las normas, garantizan un marco equitativo de derechos sociales, a la vez que se ven afectadas por las empresas que buscan eludir dicha responsabilidad. El no cumplimiento de determinadas normas no sólo afecta al trabajador en su bienestar personal, también esos efectos irradian al conjunto del sistema social. Se debe tener presente que los costes laborales, a la vista del trato no igualitario del trabajador desplazado no se encuentran armonizados.

8.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE

El ámbito de aplicación de la Directiva reduce sus efectos al espacio intracomunitario pues su art. 1 se refiere expresamente a las empresas establecidas en un EEMM por lo que la Directiva no afecta al establecimiento de empresas de terceros países⁷².

Aquí nos encontramos con la incoherencia del legislador comunitario y su falta de previsión, la competencia desleal de las empresas no puede ser controlada si se permite el incumplimiento de la normativa en cuanto a empresas no establecidas en la UE pero que van a realizar su actividad en los EEMM, buscando unos beneficios económicos en sectores empresariales ajenos al cumplimiento efectivo de la Directiva.

Las materias que se pretenden proteger se encuentran en el art. 3.1 en el que se realiza un listado, buscando límites a las actuaciones empresariales cuando desplazan a trabajadores dentro de la UE y son los que se han constituido como el *núcleo duro* de

⁷¹Considerando núm. 5 el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere de un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores.

⁷²Considerando núm. 20 la presente Directiva no afecta a los convenios celebrados por la Comunidad con terceros países ni a la leyes de los Estados miembros relativas al acceso a su territorio de prestadores de servicios de países terceros (...)

disposiciones imperativas mínimas que han de ser respetadas para los trabajadores y por los EEMM, estas son:

- a) *Los periodos máximos de trabajo así como los periodos mínimos de descanso;*
- b) *La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;*
- c) *Las cuantías del salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;*
- d) *Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino;*
- e) *La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;*
- f) *Las medidas aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como a de los niños y de los jóvenes;*
- g) *La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación*⁷³.

Este conjunto de medidas como bien señala su *considerando 13*, insta a los Estados comunitarios a mantener una coordinación mediante los medios apropiados para asegurar su efectividad y respeto por parte de todos los agentes intervinientes en el desplazamiento del trabajador, y tal condición solo podrá obtenerse mediante el cumplimiento del Derecho comunitario⁷⁴.

En 2013 se publicó el *Dictamen del Comité de las Regiones*⁷⁵ relativo a los desplazamientos temporales y se abordaron distintos asuntos referentes al contenido y a la aplicación de la Directiva, pero sobre todo la necesidad de vigilar el cumplimiento de las normas en materia de desplazamientos y de la conveniencia de su revisión por parte de la Comisión. A modo de resumen señalaran algunas cuestiones planteadas:

- Las *empresas pantalla* permiten el registro de una sociedad en el país donde el trabajador prestara sus servicios durante el desplazamiento.

⁷³Art. 3.1 Directiva 96/71/CE

⁷⁴Considerando 13, las legislaciones de los Estados miembros deberán ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios; que dicha coordinación solo podrá llevarse a cabo mediante el Derecho comunitario.

⁷⁵Dictamen del Comité de las Regiones-El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios 2013/C 17/12, Recurso consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012AR1185>

- Las diferencias salariales entre países pueden ser importantes.
- Los falsos autónomos eluden la carga social y condiciones de trabajo en el país de acogida, que tal como prevé la Directiva 96/71/CE, solo se aplica a los trabajadores por cuenta ajena.
- Los derechos de la dignidad de la persona no pueden estar sometidos a la libre concurrencia económica.
- Se deben eliminar las barreras informativas entre los Estados de la Unión para reforzar medidas de control y sanción ante los incumplimientos.

A raíz del citado Dictamen se puso en marcha la elaboración de una norma que abordase las garantías necesarias del trabajador cuando efectúa un desplazamiento a otro territorio de la Unión, asegurando la aplicación de criterios normativos específicos tanto para el Estado de acogida como a la empresa que desplaza, en tanto que el cumplimiento de unos criterios legales básicos protejan al trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones.

8.3. Revisión de la Directiva 96/71/CE

La Comisión europea en el año 2012 presenta una propuesta para garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, ante la problemática que ha significado su aplicación y la elusión de sus cometidos, sometiendo a revisión su contenido con el objeto de fijar un principio de igualdad que dado paso a la nueva Directiva 2014/67/UE⁷⁶ como garantía del cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. Sus principales novedades podemos sintetizarlas en las siguientes:

- Mejorar la lucha contra el abuso y la elusión de las normativas, se incluyen elementos fácticos para estudiar situaciones específicas.
- Conseguir una mayor seguridad jurídica, se incorporan sistemas de control para la vigilancia del cumplimiento de ambas Directivas.
- Obtener una mayor transparencia, se ha dispuesto de un sitio web donde se incluirá información sobre las condiciones de trabajo y convenios.

⁷⁶Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y, por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)

- Incluir normas que refuercen la cooperación administrativa entre las distintas autoridades nacionales, a efectos del control del cumplimiento de la Directiva 96/71/CE.

Específicamente se han producido cambios tendentes a crear un ámbito comunitario más preocupado por los derechos laborales, estableciendo medidas concretas que hagan eficaces la aplicación de las normas, de manera que los mecanismos de vigilancia y control⁷⁷ que ahora se pretenden llevar a cabo jueguen a favor de los derechos inherentes al trabajador y no queden en meras pretensiones.

- Una novedad muy importante es que la nueva Directiva 2014/67/UE sustituye el término «*salario mínimo*» y utiliza ahora «*remuneración*». Se entiende que este nuevo concepto abarca de un modo amplio todos los conceptos que forman parte de la cuantía del salario y que deben ser atendidos por las legislaciones de los distintos Estados. También con el fin de evitar la utilización de diferencias salariales entre los trabajadores locales y el trabajador acogido, el término remuneración contribuye a mejorar las condiciones de competencia en el mercado interior.

La debida clasificación del trabajo prestado, en cuanto a sus normas de aplicación en materia salarial es fundamental y la protección de la remuneración, que no es salario mínimo, que corresponde al Estado de acogida.

- Para evitar el fraude de empresas frente a los costes sociales, la nueva Directiva establece en su art. 4 criterios concretos para determinar si la empresa cuenta con una actividad real (apdo. 2), determinando el lugar donde la empresa tiene ubicado su domicilio social y sede de la empresa, el lugar donde es contratado el trabajador, el derecho que se aplica a los contratos o el número de contratos celebrados así como su volumen de negocio.

- También para determinar si el desplazamiento del trabajador cuenta con los elementos fácticos que caracterizan su labor (apdo. 3), acreditando un tiempo limitado en otro EEMM, la naturaleza de la actividad, los medios que proporciona el empleador durante el tiempo de desplazamiento y el regreso del trabajador una vez finalizado el trabajo.

⁷⁷Considerando núm. 17 para garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y de la presente Directiva es esencial que en los Estados miembros existan procedimientos de control eficaces y, por ello, deben establecerse en toda la Unión.

- Asimismo, se posibilita que los EEMM establezcan la obligación de comunicar previamente por parte de la empresa el desplazamiento del trabajador. Aunque algunos Estados ya en sus mecanismos internos habían introducido dicha obligación. Mejorar el acceso a la información resulta relevante, por ello el art. 5 se destina a la creación de una web oficial donde se ha de especificar las condiciones de trabajo o las normas aplicables a los trabajadores desplazados en el territorio de destino, además de los órganos o instituciones a las que deban dirigirse los prestadores de servicios para obtener información acerca de los usos o prácticas nacionales que le son de aplicación.
- La cooperación entre administraciones públicas resulta de vital importancia, por lo que se han introducido reglas que los EEMM deberán contemplar en materia de condiciones de trabajo y empleo, destinadas a asegurar la protección del trabajador desplazado. Para ello la Directiva se apoya en el Sistema IMI, creado por el Reglamento (UE) N° 1024/2012⁷⁸, que ofrece un intercambio transfronterizo de datos de forma rápida y sencilla, para atender las solicitudes que se remitan a las autoridades de los EEMM.
- Se dedica el art. 11 a la correcta defensa de los derechos, aun cuando ya no exista la relación laboral entre empresario y trabajador, y donde este último haya sufrido daños a consecuencia del incumplimiento de las normas de aplicación durante el desplazamiento, que tenga la posibilidad de presentar reclamaciones e iniciar procedimientos judiciales o administrativos. Su apdo. 5 señala que los trabajadores estarán «*protegidos frente a cualquier trato desfavorable por parte del empleador*».
- Otro punto destacado, será la actuación de la autoridad inspectora como medida para evitar el fraude de las normas, cuando se realicen desplazamientos no declarados por las empresas o de falsos autónomos. La actividad inspectora debe ser supervisada por los EEMM de acogida, facilitando los medios necesarios para llevar a cabo la labor cooperativa y de intercambio de información.

9.- LEY 45/1999 DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES

La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, fue aprobada por el Estado

⁷⁸Reglamento (UE) N° 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49 CE de la Comisión (Reglamento IMI) (DO L 316 de 14.11.2012. p. 1)

español con el objeto de hacer efectiva la transposición de la Directiva 96/71/CE a su OJ, aplicable a empresas que estando establecidas en cualquier EEMM o estén en territorio que forma parte de EEE, efectúen un desplazamiento temporal a territorio español, aunque su DA primera se pronuncia sobre las empresas ubicadas en territorio español que efectúan desplazamientos temporales a otros EEMM o pertenecientes al EEE.

Esta Ley resulta esencial para abordar los nuevos retos emergentes en el seno de la Unión. La apertura de los mercados a la libertad de establecimiento de los grupos empresariales, la libre prestación de servicios unido a la posibilidad de realizar prestaciones con carácter transnacional, así como la libre circulación ha supuesto encaminar tanto los derechos de las empresas como los derechos de los trabajadores en un espacio cada vez más globalizado, los cuales, no han tenido el resultado esperado. Así esta norma busca asegurar unas *condiciones mínimas* de trabajo a aquellos trabajadores que son objeto de un desplazamiento temporal desde la UE a territorio español. Los efectos de la norma se reducen al espacio intracomunitario aunque se extiende a aquellos nacionales cuyo territorio forma parte del Acuerdo sobre el EEE, como dejamos señalado.

Además, la DA cuarta, se refiere a la aplicación de la norma a aquellas empresas que siendo extracomunitarias, puedan ofrecer sus servicios en el Estado español, cuya pretensión final es impedir un trato más favorable a las empresas de terceros países. En cuanto a la DA quinta, establece que el desplazamiento de terceros países para desarrollar una actividad laboral, deberán además de cumplir lo dispuesto en la LOEx. El respeto de los derechos laborales deben ser garantizados sea cual sea *«la legislación aplicable al contrato de trabajo»*⁷⁹.

En el contenido encontramos una definición propia del *desplazamiento temporal* que se clasifica en tres situaciones diferenciadas:

1) *«El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que este establecido o que ejerza su actividad en España.»*

⁷⁹Art.1, Ley 45/1999, la presente Ley tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios debe 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.

2) *El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.*

3) *El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que este establecida o que ejerza su actividad en España»⁸⁰.*

También se define el concepto de trabajador temporalmente desplazado, y se refiere «*al trabajador, cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un periodo 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 periodo de desplazamiento*»⁸¹. Por tanto, la base de esta ley la encontramos en la *nacionalidad de la empresa* que desplaza al trabajador y no en la *nacionalidad del trabajador*, por lo que con ella tenemos la garantía y respeto del derecho a la libre circulación y protege no solo a los trabajadores comunitarios y asimilados sino también a los extracomunitarios sin vinculación.

La tarea de la Unión en materia laboral y, específicamente cuando se producen movimientos geográficos para realizar una prestación de servicios en otro Estado, ha sido equilibrar unas condiciones laborales distintas a las de su Estado de origen. En este sentido la Directiva permite que los EEMM realicen ampliaciones sobre las materias contempladas en su *núcleo imperativo mínimo de protección*. De un lado, se permite a los legisladores estatales incluir materias distintas de las señaladas, siempre que su aplicación se pueda realizar de igual modo a las empresas establecidas en territorio español y las establecidas en territorio de otros EEMM y, de otro lado, obliga a las empresas a garantizar a los trabajadores las mismas condiciones de trabajo y empleo que a los trabajadores propios del Estado de destino⁸².

La LDT dispone que «*los empresarios de otros Estados miembros que desplacen trabajadores a España aplicaran a estos, si ello supone una protección superior, la regulación que sobre tales condiciones aparezca contenida en las*

⁸⁰Art. 2.1, Ley 45/1999

⁸¹Art. 2.2, Ley 45/1999

⁸²GARATE CASTRO, J., desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE), Ed. Aranzadi, SA, 2011, p. 38

disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate»⁸³.

El *núcleo* de las materias que deberán observar los empleadores cuando realicen un desplazamiento de sus trabajadores a *España* se encuentran recogidas en el art. 3.1, por lo que estarán sometidos a las disposiciones de la legislación española en materia laboral, en concreto al ET y su Sección 5, tiempo de trabajo. La LDT, ofrece un listado más amplio que la Directiva 96/71/CE en cuanto a las materias protegidas como las condiciones de trabajo y empleo, a saber:

- *Tiempo de trabajo*, establecido en los art. 34 a 38 del ET. Las condiciones que se establecen por los citados artículos resultan más protectoras que las que impone la Directiva, obligando al empresario que desplace trabajadores a territorio español a garantizar la aplicación de los límites establecidos por nuestra legislación lo que «*la Directiva designa como periodos máximos de trabajo, periodos mínimos de descanso y duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas*»⁸⁴, aunque existen otros aspectos donde la correspondencia con la normativa europea no esta tan clara a la hora de matizar que se ha de entender por periodos mínimos y máximos, como es el caso de la distribución irregular del tiempo de trabajo, el calendario laboral, el trabajo a turnos, nocturnos y los ritmos de trabajo o los permisos. Aparte de estas materias se menciona también la no discriminación del trabajador temporal y a tiempo parcial y la inviolabilidad de los derechos colectivos.

- *Cuantía del salario*, en su art. 4.1 describe que se considera «*la constituida, en computo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de la Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno. En ningún caso se incluirán en la cuantía mínima del salario cualesquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social*».

Además, se deberá atender no solo a la regulación de *normas estatales sino además convencionales*, por tanto serán los convenios colectivos, atendiendo al sector al que se refiera, el que proporcione las cuantías específicas del salario del trabajador. En este sentido conviene recordar como señala la STSJ (Sala de lo Social) de 1 de

⁸³Vid Criterio técnico núm. 97/2016, p. 9-10

⁸⁴Vid GARATE CASTRO, J., p. 42

febrero de 2012 (núm. 230/2013)⁸⁵ en la que se demuestra que el trabajador español no es objeto de desplazamiento por lo que no es de aplicación ni la Directiva 96/71/CE ni la Ley 45/1999. La cuantía reclamada en concepto de IT obedece a un complemento a cargo de la empresa amparado por un convenio colectivo, considerándose una contraprestación que mejora el subsidio previsto legalmente y no tiene el carácter de salario sino de mejora de una prestación social.

- *Trabajo de menores*, de acuerdo a lo establecido en el art. 6 del ET, se considera una regulación más ventajosa debido a que algunos EEMM pueden tener declarada una edad superior. Los menores de 16 años no podrán formar parte del mercado de trabajo y se les prohíbe realizar trabajo nocturno y horas extraordinarias y su tiempo de descanso diario y semanal esta ampliado, aparte de alguna otra consideración.

- *Respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores*, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. La LDT amplía aquí su alcance protector, probablemente debido a la reproducción del art. 4 ET.

- *Libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión*. En los derechos colectivos de los trabajadores tenemos una clara ampliación de garantías. El derecho de sindicación y de huelga ya que la Directiva se refiere al contrato de trabajo exclusivamente o la relación individual, esto es, a la ampliación del ámbito material de la Directiva al derecho colectivo y el art. 3.1 h) debe interpretarse en el sentido de aplicación de disposiciones más ventajosas en cuanto a la libre afiliación o no a un sindicato y a la participación o no en una huelga.

Por último, para poder aplicar las condiciones laborales del Derecho español, existe, conforme a la Directiva, una excepción contemplada para dos materias fundamentales, *salario y tiempo de trabajo*: los trabajadores desplazados deberán permanecer *un periodo mínimo de 8 días en cómputo anual en territorio español* para exigir a la empresa las condiciones reguladas en cuanto a las vacaciones y la cuantía mínima del salario. Además, si efectivamente el desplazamiento supera los 8 días será necesario según el art. 5, la comunicación de la empresa a la autoridad laboral

⁸⁵Don Ángel contra ECOREDE SILVICULTURA E EXPLORAÇÃO FORESTAL, S.A., HC ENERGIA GRUPO EDP siendo objeto de litigio la mejora de una prestación de incapacidad temporal de una empresa establecida en Portugal que desplaza a sus trabajadores a España, contratando también trabajadores españoles a los que obliga a firmar sus contratos en Portugal para crear una falsa apariencia de desplazamiento.

correspondiente en España antes de hacerse afectivo. Si la duración fuese inferior esa comunicación no resultará necesaria.

En cuanto al control administrativo del cumplimiento de la Ley 45/1999, los empresarios que se encuentren en el ámbito de actuación de esta disposición, estarán obligados a conservar, aportar y comparecer ante las autoridades laborales competentes para facilitar toda la documentación relativa al contrato, los horarios laborales y el documento que acredite la autorización de trabajadores extracomunitarios conforme a las normas exigidas en los EEMM donde se encuentre establecida la empresa.

Respecto de las competencias administrativas, será responsable *la autoridad laboral de cada CCAA* de ofrecer la información relativa de las condiciones de trabajo aplicadas al trabajador, tal como queda establecido en el art. 149.7 de la Constitución española.

Esta ley, en su art. 16⁸⁶ (no actualiza la aplicación del RBI bis y hace referencia equivocada a la LOPJ), junto a la LRJS⁸⁷, concede competencia a los Tribunales españoles para conocer del litigio que pretenda iniciar un trabajador desplazado a España por incumplimiento de su empresario, exclusivamente en las materias protegidas y ya señaladas.

10.- EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En España las ETT, han adquirido una especial importancia en las últimas décadas, debido a los continuos movimientos que se producen en el mercado de trabajo. Estas empresas cumplen un papel destacado como intermediario de empresa-trabajador convirtiéndose en una opción muy recurrida que se utiliza para atender servicios de una forma puntual y no permanente. Generalmente se cuenta con dos modelos, uno sería el *modelo francés* donde la ETT donde se contrata trabajadores temporales para cada misión, y el otro se refiere al *modelo alemán* en que se contratan trabajadores indefinidos para enviarlos a misiones sucesivas⁸⁸.

⁸⁶Art.16, Ley 45/1999, los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el artículo anterior cuando el trabajador este o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (...)

⁸⁷Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁸⁸OJEDA AVILES, A., derecho transnacional del trabajo, Ed. Tiranch lo Blanch, 2013, p.170

Las empresas de trabajo temporal vienen marcadas por una relación triangular, entra en juego no solo el trabajador y la empresa que cede el trabajador, sino además una segunda empresa usuaria que acoge al trabajador donde va a prestar los servicios.

Esta relación triangular y muy singular cuenta con una norma comunitaria, la Directiva 2008/104/CE⁸⁹ que establece como destinatarios de los servicios de las ETT a todas las empresas públicas o privadas, para aquellos trabajadores que sean objeto de un contrato a tiempo parcial o de duración determinada. Como se indica en su exposición de motivos, esta norma responde a las necesidades de flexibilidad de las empresas en la utilización de trabajadores temporales con agilidad para atender situaciones puntuales o sustituciones rápidas y a la necesidad de conciliación de los trabajadores de su vida privada y profesional, contribuyendo a la creación de puestos de trabajo e inserción en el mercado laboral. Es muy importante señalar a nuestros efectos que la Directiva también se refiere a las condiciones de trabajo y empleo estableciendo que las *mismas* deberán ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fuesen contratados de forma directa por la empresa para ocupar el *mismo puesto*.

La Directiva en su art. 3 define los conceptos que le son propios. Se refiere al trabajador *«como toda persona que, en el estado miembro en cuestión, este protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo»*; por empresa de trabajo temporal se entiende, *«toda persona física o jurídica que celebre un contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresa usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas»*; y la empresa usuaria *«será toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabajo temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal»*.

En nuestra legislación la norma que se ocupa de regular estas situaciones es la *Ley 14/1994 de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*, la cual ha sido modificada en base a la LDT, incluyendo un nuevo Capítulo VI para la regulación de la actividad de las empresas de trabajo temporal, concretamente de las ETT pertenecientes a los EEMM y de aquellos que forman parte de EEE, cuando se

⁸⁹Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

realicen desplazamientos transnacionales dentro de la UE. Así, la DA segunda de la LDT, se refiere a que las empresas establecidas en España que acojan a trabajadores cedidos por ETT con independencia del territorio donde se halle establecida la empresa, por tanto, se hace referencia de manera implícita a aquellas ETT que cedan trabajadores provenientes de *Estados extracomunitarios*, con los que se pretende evitar un trato más favorable ajeno al espacio comunitario o de Estados previstos en el acuerdo de libre cambio.

El fin de la ETT se puede resumir en algunas consideraciones básicas: 1) la ETT contrata trabajadores para cederlos a otra empresa, 2) en el contrato que se celebra, la ETT asume una serie de obligaciones como pueda ser el pago del salario, protección social y el poder disciplinario, 3) la ETT es la que contrata al trabajador para su posterior puesta a disposición y, 4) tiene el poder de controlar la forma en que el trabajador presta sus servicios o decidir su regreso en determinadas circunstancias⁹⁰.

Analizando el contenido de la LDT, se constata que resulta más protectora no sólo porque amplíe el *núcleo duro* de materias que se deben garantizar al *trabajador*, sino también porque indica su art. 4.2, que los trabajadores cedidos deberán percibir la *retribución total* para un puesto de trabajo comprendido en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por *unidad de tiempo*. Tal retribución, está constituida por la parte proporcional del descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones, siendo responsable la empresa usuaria de cuantificar la cantidad final.

Cuando una ETT suministre mano de obra a una empresa usuaria en territorio español, el trabajador tendrá derecho a beneficiarse de las mejoras del convenio aplicable en cuanto a retribución total, a la empresa usuaria española, cuando suponga una protección superior respecto de las condiciones laborales reguladas en el art. 3.1 de la Directiva. Por lo tanto, la amplitud de las condiciones dependerá de las que estén previstas a estos efectos en el convenio colectivo aplicable a la empresa o al sector de empresa.

Por último, la DA tercera de la LDT se refiere a los derechos colectivos, en tanto que los representantes legales de los trabajadores de las empresas usuarias tendrán las mismas obligaciones con los trabajadores desplazados o cedidos por las

⁹⁰CASAS BAAMONDE, M., REY GUANTER, S., desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, Consejo Económico y Social, 2002, p. 295

ETT, así como el reconocimiento legal a dichos representantes para el inicio de las acciones legales o administrativas, en los mismos términos que reconoce el Derecho español a sus representantes directos.

11.- MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL RDL 9/2017

Este nuevo y actual *Real Decreto-Ley de 9/2017, de 26 de mayo*, por el que se transponen directivas de la UE en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores pretende dar respuesta a los objetivos del Consejo Europeo que sirven para mejorar las actuaciones por las que se rige el mercado interior y modificar completando ciertos aspectos en el ámbito de la comunicación y en los EEMM de los desplazamientos temporales al objeto del cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la LDT; como se expresa en la exposición de motivos, una de la Directivas que se integra en el OJ español es la Directiva 2014/67/UE para garantizar un nivel adecuado de protección de los trabajadores que son objeto de desplazamientos temporales, dedicando solo su Título IV a novedades en cuanto a la Ley anterior.

Las principales *modificaciones* se centran en algunas consideraciones que contenía la nueva Directiva 2014/67/UE, en especial su art. 9 por el que se modifica el art. 5 relativo a la comunicación del desplazamiento y el art. 6 relativo a la obligación de aportar la documentación y la de comparecencia. En especial se establece el deber de comunicar vía electrónica el desplazamiento, incluir los datos de un representante de los trabajadores en territorio español que sirva de vínculo para la correspondiente transferencia de documentos o notificaciones. Por otro lado, se hace necesaria la trasposición del Capítulo VI de la Directiva, para el efectivo conocimiento por las autoridades laborales españolas sobre las sanciones e infracciones impuestas en otro EEMM y que tengan el mismo reconocimiento conforme la legislación española.

La LDC introduce un nuevo Título VI referente a la compensación de daños, ya que la reforma concede el derecho de pleno resarcimiento ante conductas desleales, y se establece una responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras. Se incorpora un plazo de 5 años de prescripción de interposición de la demanda y se podrá realizar una cuantificación del daño. Es importante señalar que en la propia LEC se incorpora un nuevo artículo sobre el *procedimiento* para reclamar dichas

compensaciones por los daños originados, adoptando un régimen de exhibición de pruebas por las *infracciones cometidas*. Cabe mencionar, en materia de tipificación de infracciones y sanciones, alguna modificación efectuada en la *LISOS*, referente al incumplimiento de las comunicaciones y aportación de documentación cuando se va a producir o se ha producido un desplazamiento.

Este RDL 9/2017 también transpone la Directiva 2014/104/UE⁹¹, relativa a determinadas normas por las que se rigen las *acciones por daños* en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los EEMM y de la *UE*. Esta Directiva se fundamenta en principios del TFUE, el art. 101⁹² prohibición de prácticas que puedan afectar al funcionamiento del mercado interior y el art. 102⁹³ al ejercicio de una posición dominante que pueda afectar al comercio entre los EEMM.

Las modificaciones más sustanciales sobre la defensa de la competencia se pueden resumir en la incorporación de medidas encaminadas a evitar prácticas *trust*, es decir, aquellas que generen un incremento de ganancias en los distintos mercados mediante la reestructuración conjunta de distintas empresas con el objeto de ejercer un dominio sobre los precios y que pueden dar lugar a los monopolios o restricciones competitivas. De esta forma adquieren una posición dominante, en cuanto que permite la fijación de precios en el mercado y que incide directamente en los derechos de los clientes, de los consumidores y de los competidores. La Directiva 2014/104/UE busca un resultado *antitrust*, con la regulación de normas que equilibren la competencia, controlen el abuso de la monopolización o se produzcan restricciones prohibidas.

Por tanto nos encontramos ante otro tipo de prácticas desleales, el *dumping económico*, basado en la venta de productos en países extranjeros a precios más bajos que los establecidos en el mercado nacional, que se distingue del *dumping social* que se basa en obtener beneficios porque determinadas legislaciones poco protectoras en derechos resultan ser un atractivo por los bajos costes sociales.

⁹¹Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

⁹²Art. 101 TFUE, 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedaran prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)

⁹³Art. 102 TFUE, 1. Será incompatible con el mercado interior y quedara prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (...)

La OMC se encarga de regular las acciones puestas en marcha por determinadas empresas o grupos de empresas que buscan impactar en los mercados nacionales provocando incluso la quiebra de numerosas industrias, esto permite eliminar la competencia y adquirir mercados mediante la aplicación de precios inferiores, incluso cuando supongan pérdidas *a priori*. Como ya se ha comentado, será la OIT la que procure evitar el *dumping social* a través de unas normas internacionales de trabajo. En cambio, para evitar el impacto económico de las organizaciones empresariales en aquellos mercados que quieran conquistar será la OMC la que procure establecer reglas que eviten la discriminación de los precios.

La OMC es una organización especializada en normas reguladoras del comercio internacional. La finalidad fundamental es permitir y defender la actividad económica de un país evitando la intromisión de otros competidores que no sigan las reglas de mercado. Esta organización ha adoptado políticas *antidumping*, aunque primero se debe demostrar que tales prácticas causan un impacto en el mercado interno de los Estados a los que se dirige. Si bien la OMC no prohíbe esta práctica, si ha establecido criterios para comprobar que efectivamente se produce *dumping* por empresas extranjeras.

El GATT de 1994 es un acuerdo celebrado con la intención de establecer políticas aduaneras y arancelarias que sirvan para contrarrestar el referido *dumping*. Su art. VI es la norma que autoriza a los Estados que forman parte de la OMC a la adopción de medidas que impidan dichas prácticas, en concreto se refiere a que «*la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si se retrasa de manera importante la creación de una rama de creación nacional*».

En este sentido, la OMC marca un proceso de liberalización de los mercados, la aceleración de la globalización y la desregulación de los mercados financieros. Esto ha producido efectos negativos en las empresas de nueva creación o que pretenden expandirse, pero también en los derechos laborales, por lo que se ha hecho necesario

incluir una cláusula social que condicionen determinadas libertades y aseguren el respeto de *ciertas reglas fundamentales de carácter laboral*⁹⁴.

Cuando este acuerdo fue adoptado quedo una cuestión pendiente, *las distintas condiciones de empleo y de trabajo entre los distintos países*. La creciente expansión de las empresas buscando establecerse en países en que las condiciones laborales y sociales cuenta con escaso nivel de protección, nos lleva a la dificultad de que estos derechos fundamentales del individuo adquieran un papel primordial en el aumento de los niveles de vida, mas sobre todo si las grandes organizaciones se preocupan de encontrar nichos de mercado donde puedan abaratar sus costes, incluidos los sociales.

A este respecto, cabe aclarar que la OMC no se ocupa de normas laborales, como lo hace la OIT, pero si declara derechos fundamentales establecidos internacionalmente, entre ellos, *la prohibición del trabajo infantil, la prohibición del trabajo forzoso, la libre asociación o la no discriminación en el trabajo incluida la discriminación de género*.

En alguna ocasión se ha pretendido la coordinación entre ambas organizaciones, la OIT se ocuparía de la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales y la OMC sería la encargada de imponer sanciones comerciales a los países que vulneren de forma consciente los derechos laborales. Existen determinadas iniciativas de la OMC que implicarían cierto acercamiento a la cláusula social tan demanda por algunos países, por ejemplo el art. XX contiene específicamente *la prohibición de exportar productos elaborados por prisioneros*, se haría necesaria extender tal prohibición a cualquier ámbito que utilice mano de obra forzosa. Otro ejemplo sería el contenido en el art. XXIII, que consiste en la imposición de sanciones a los países que se negaran a mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y un último ejemplo incluiría un derecho *antidumping*, que no actuaría como tal, sino como un *ejercicio compensatorio* ante la competencia desleal⁹⁵.

En la actualidad, el Parlamento Europeo y la Comisión han estado trabajando en una nueva legislación para aportar instrumentos que sirvan para poner freno a las prácticas desleales y con ello asegurar que la defensa de los comercios sea lo más justa posible; en definitiva mecanismos *antidumping* que impidan distorsiones comerciales

⁹⁴VILLANUEVA, F., el artículo XX (E) del GATT, ¿una cláusula social en el sistema jurídico de la organización mundial del comercio? Revista de Derecho Económico Internacional, Vol. 3, No. 1

⁹⁵LOBEJON HERRERO, L., pasado, presente y futuro de la cláusula social. El papel de la Organización Mundial del Comercio, ICE 60 años del Sistema GATT-OMC, Julio-Agosto 2008, N° 843, p. 158

con la imposición de nuevas penalizaciones, tipos fiscales y regímenes tributarios que impidan desvirtuar el normal funcionamiento del mercado interno. Como ya se ha señalado en este trabajo, estas prácticas van en contra del Estado de bienestar, provocan desigualdades sociales, generan desempleo ante la pérdida de sectores comerciales, producen trabajadores pobres utilizando regímenes normativos poco protectores y deterioran la dignidad del trabajador afectando a las economías domésticas de millones de personas.

12.- JURISPRUDENCIA COMUNITARIA DE TRABAJADORES DESPLAZADOS

No siempre los tribunales, en la interpretación de las normas existentes, optan por la solución más acertada para favorecer los derechos laborales del trabajador desplazado, ya que se aprecia de su análisis pormenorizado como en algunas sentencias que prima el consentimiento de la libre actuación de las empresas, en beneficio de sus intereses comerciales y económicos, a la vez que se menoscaban los principios que fundamentan un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Así conviene profundizar en este trabajo en el análisis de diferentes sentencias del TJUE que se pronuncian más por la libertad de establecimiento empresarial y la libre prestación de los servicios que por proteger el deterioro constante de los derechos del trabajador desplazado.

12.1. Sentencia Rüffert

La STJUE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008 (As. C-346/06)⁹⁶, versa sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, donde se produce la adjudicación de contratos de obras públicas a empresas privadas y donde entra en juego la protección a los trabajadores desplazados.

El asunto planteado pone en cuestión la legislación alemana, pues se discute en este litigio la adjudicación de contratos de carácter público a empresas que cumplan con la obligación de pagar a los trabajadores desplazados el salario mínimo estipulado por el convenio colectivo alemán. Así, la empresa adjudicataria de la obra con la

⁹⁶Case Rüffert contra Land Niedersachsen, en la adjudicación de contrato de obra pública a empresas, con la condición de aplicar condiciones salariales menos protectoras que las del país de origen y cuestiona la igualdad competitiva entre las empresas.

Administración, realiza a su vez, una subcontratación con otra empresa de origen polaco, lo cual incumple lo establecido con la ley alemana -AEntG- puesto que en este caso la subcontrata pagará salarios según las disposiciones establecidas en Polonia.

El TJCE advierte en este planteamiento que dichos trabajadores no se encuentran protegidos por el art. 3 de la Directiva 96/71/CE, debido a que el convenio colectivo alemán excluye los convenios que regulen contrataciones privadas. Pero se debía tener en cuenta que la Directiva busca asegurar el respeto de los derechos inherentes al trabajador desplazado que cumple con las exigencias del art. 49 TCE, sin embargo el TJCE manifiesta que imponer una carga económica a la empresa subcontratista juega en contra del derecho de libre prestación de servicios en otro Estado de acogida, obviando por tanto los derechos de los trabajadores.

En definitiva, el TJCE considera que la obligación de pagar salarios superiores supone una restricción del art. 49 TCE, que no puede justificarse por proteger a los trabajadores desplazados, de modo que se opta por una protección puramente económica de las empresas alemanas. Esto ha tenido dos consecuencias, no todos los trabajadores gozan del mismo nivel de protección ante un desplazamiento temporal cuyos derechos se ven limitados por razones de interés general y se ampara el dumping social, pues se permite hacer uso de un nivel salarial inferior en el Estado de acogida, que se traduce en un beneficio competitivo directo para la empresa que subcontrata a la vez restringe los derechos laborales de los trabajadores desplazados mediante la fórmula de subcontratación.

12.2. Sentencia Viking

La STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (As. C-438/05)⁹⁷, trata sobre la libre prestación de servicios marítimos donde la empresa cambia el pabellón del buque a otro EEMM, lo que supone en la práctica por el principio de pabellón en el desplazamiento del lugar de la prestación de servicios.

Este caso constituye una preocupante debilitación de los derechos colectivos del trabajador desplazado, en tanto que una empresa naviera con sede en Finlandia, cambia el pabellón del buque a otro EEMM, para aplicar unas condiciones laborales

⁹⁷Case International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP Y OÜ Viking Line Eesti. El asunto se refiere a una sociedad naviera que realizaba trayectos entre Estonia y Finlandia la cual cambia el pabellón del navío, de finlandés a estonio, para adquirir un nuevo convenio con un sindicato de Estonia, obteniendo así mano de obra más barata.

menos protectoras, en materia salarial, las contenidas en el convenio colectivo de Estonia; lo que es cuestionado por los sindicatos planteando un conflicto colectivo con el fin de defender los derechos de los trabajadores, ejerciendo así el derecho de huelga a efectos de que a dichos trabajadores se les aplique el convenio colectivo con las mismas condiciones que al resto de trabajadores del sector, impidiendo que la empresa obtenga una ventaja competitiva con la diferencia salarial de otro EEMM.

Pero de nuevo en esta sentencia se prioriza el art. 43 del TCE, que establece el derecho de libre establecimiento empresarial. En base a este artículo el TJCE entiende que la medida de conflictivo ejercida no puede impedir la libertad de establecimiento empresarial y que dicho artículo puede conferir derecho a una empresa privada para oponerse a un sindicato o asociación de sindicatos, de tal manera que las medidas de conflicto colectivo que tienen como finalidad impedir la aplicación de un convenio colectivo en otro EEMM, constituye una restricción a dicho artículo. A modo de conclusión, podemos extraer que tanto el derecho de huelga como el derecho a la libertad de establecimiento son derechos fundamentales que han de ser respetados. Ahora bien, queda claro que el ejercicio de un derecho va a condicionar el ejercicio del otro, de tal manera que siguiendo el argumento del art. 49 TCE, una organización sindical no puede imponer mediante medidas colectivas a una empresa perteneciente a un EEMM negociar las condiciones laborales de los trabajadores desplazados a otro EEMM.

12.3. Sentencia Laval

La STJUE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (As. C-341/05)⁹⁸, el Tribunal ha considerado nuevamente que una medida de conflicto colectivo en protección de derechos de los trabajadores desplazados es una limitación a la libre prestación de los servicios, al menos si se reconoce que el derecho colectivo como medida adoptada es válida para evitar el *dumping social*, pero no en este caso concreto.

Laval es una organización establecida en Lituania acogida al convenio colectivo del sector de la construcción que desplaza sus trabajadores a Suecia. La

⁹⁸Case Laval un Partneri LTD contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska EleKtrikerförbundet. La intención de la empresa es realizar desplazamientos de trabajadores aplicando las condiciones del país de destino con el que favorece la libertad de establecimiento y se produce una legalización del *dumping social*.

cuestión planteada surge por la negativa de la empresa a pagar los salarios previsto en el convenio colectivo sueco, iniciándose así las medidas de conflicto colectivas por el sindicato para paralizar la actividad.

De este modo, el Tribunal somete a control las medidas de conflicto colectivo, con el objeto de analizar si las mismas pueden limitar el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por el TCE. Según interpreta el TJCE los artículos 49 y 50 permitirían a las organizaciones sindicales adoptar medidas de conflicto pero exclusivamente supeditadas a que tales medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional, en virtud de la Directiva de desplazamientos, no si es una mejora de convenio colectivo no obligatoria.

En este caso, el TJCE advierte que las condiciones establecidas en el convenio colectivo sueco no se hallan determinadas en el art. 3, apartados 1 y 8 de la Directiva 96/71/CE. Por tanto, las cláusulas contenidas sobre el salario a pagar no han sido constituidas por los poderes públicos y no se puede fundamentar en el Derecho comunitario las medidas de conflicto colectivo invocadas. Además, las materias que si están previstas en la Directiva, pero que carecen de una regulación expresa por parte del Derecho sueco, responden a una compatibilidad con el art. 49 del TCE, por lo que no puede imponerse una negociación para realizar un estudio de caso por caso como así determina la legislación sueca. De esta suerte, será compatible que los EEMM extiendan sus normativas a otros Estados, pero no se podrá hacer uso de medidas conflictivas para extender cláusulas de convenios que no son de interés general.

En definitiva, las condiciones salariales que se quieren imponer a Laval no pueden plantearse por medio de acciones sindicales fundamentadas en el derecho comunitario en materia de desplazamientos temporales. En Suecia, la determinación de las cuantías del salario está atribuida a los interlocutores sociales, lo que implica el estudio de caso por caso en el lugar de trabajo y ante la incapacidad de poder determinar disposiciones que aclaren el asunto, por tanto, se posibilita a la empresa pagar los salarios establecidos en Letonia, primando la protección de las empresas frente al *dumping social*.

13.- CONCLUSIONES

Primera.- La globalización o mundialización ha actuado como un proceso transformador en todos los ámbitos de la sociedad y ha favorecido la mercantilización de las reglas comerciales y en especial, sus efectos trascienden de forma notable en las relaciones laborales, que se han estructurado en base a necesidades financieras y de mercado, dejando en segundo plano la cuestión social. De hecho, el factor trabajo se ha convertido en un elemento más de la economía empresarial, que ha conseguido reducir el intervencionismo de los Estados y logrado una liberalización jurídica que permite moldear las reglas establecidas, sin que prime la protección del trabajador.

En este contexto, donde los derechos laborales están mermados, la OIT ha declarado normas universales para la defensa de los trabajadores con la intención de conseguir una protección jurídica y social más justa; ha desempeñado un papel importante en el reconocimiento de los derechos del trabajador, pero precisa de la adopción de mecanismos eficaces para que los Estados pertenecientes a la Organización desarrollen un verdadero compromiso en el cumplimiento de sus objetivos, una globalización más equitativa; además de otro problema añadido como es eliminar o impedir la práctica empresarial del *dumping*.

Segunda.- El *dumping social* en el espacio comunitario, añadido a las contradicciones de algunas sentencias de Tribunal de Justicia Europeo, ha hecho necesario la revisión y actualización de las normas que regulan el contrato de trabajo internacional y el establecimiento de reglas que garanticen la defensa del trabajador, mas aun cuando realiza un desplazamiento temporal a otro Estado de destino. El uso del *dumping* para obtener beneficio ha llevado a las empresas a utilizar prácticas que, a pesar de ser condenables, son bastantes frecuentes y poco deseables.

Tercera.- El desplazamiento temporal del trabajador no ha estado exento de interpretaciones generando inseguridad jurídica. En primer lugar, el desplazamiento no es lo mismo que la libre circulación de los trabajadores, siendo la diferencia esencial que el primero no se somete a la legislación de un mercado laboral distinto, mientras que el segundo hay sometiendo a otras legislaciones estatales. En segundo lugar, se ha matizado el concepto de lugar habitual que es el punto concreto donde se cumplen las obligaciones por el trabajador; y el desplazamiento temporal, que no modifica la regla,

es decir, es ocasional, aunque existan puntos distintos donde se cumpla la obligación las condiciones laborales seguirán siendo iguales.

Cuarta.- Las normas aplicables al contrato de trabajo internacional de DIPr, actualmente comunitarizadas, se configuran en ambos Reglamentos comunitarios (Bruselas I bis para la determinación de la CJI y Roma I para la determinación del derecho laboral concreto aplicable) en protección de la parte débil del contrato de trabajo, por tanto en los foros, como en la limitación material de la autonomía de la voluntad conflictual y el recurso al ordenamiento más vinculado, pero esta regulación no alcanza los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores dentro de la Unión Europea que sigue rigiéndose por la ley del país de origen con carácter general.

Quinta.- La regulación jurídica de los desplazamientos temporales en la Directiva 96/71/CE no busca la igualdad laboral entre trabajadores locales y acogidos en un Estado miembro, sino hacer efectiva la liberación económica, aunque si se incluyeron algunas pautas para impedir prácticas desleales de las empresas que desvirtúan los derechos del trabajador. El principal problema al que se enfrentó la Directiva estaba en alcanzar un mercado interior más justo, compatibilizando las libertades económicas con la libre prestación de servicios, lo cual no fue posible debido a la evasión continua de su mandato ante la falta de mecanismos de control de su cumplimiento. Con esta problemática, se aprobó una nueva Directiva para el efectivo cumplimiento de su antecesora con criterios más definidos y dirigidos a alcanzar la tan demandada protección social.

Sexta.- En España, la Ley 45/1999, se ocupa de velar por los derechos del trabajador desplazado, teniendo un marco de disposiciones imperativas más amplio que la Directiva comunitaria, ya que el alcance de algunas normas protectoras sobre condiciones laborales garantiza el respeto a la dignidad del trabajador.

Séptima.- La normativa reguladora de las ETT en territorio español también resulta más beneficiosa que la Directiva comunitaria. El trabajador tiene derecho a ser tratado igual que si lo contratase la empresa de forma directa, debiendo aplicarle las condiciones incluidas en los convenios colectivos así como las que contengan una protección superior.

Octava.- Recientemente se aprueba el RDL 9/2017 por el que se transponen directivas, siendo de especial importancia la Directiva sobre infracciones de la competencia, y

hace necesaria nuevas fórmulas para impedir no solo el ejercicio del *dumping social* que abarata el coste social, sino también mecanismos de control que impidan el *dumping económico*, entendido como una ventaja financiera que posee una empresa y utiliza para penetrar en los mercados e imponer sus reglas de competencia.

Novena.- Cada Estado miembro, tiene su propia normativa laboral lo que dificulta la existencia de unas condiciones idénticas para la realización de un mismo trabajo cuando se produce un desplazamiento a otro Estado. El legislador comunitario ha eliminado lagunas jurídicas que no permitan adoptar criterios homogéneos en la aplicación de las normas laborales, armonizando la competencia de los tribunales que deban conocer el asunto y la determinación correspondiente de la norma que deba resolverlo. Aunque como hemos visto en las sentencias Rüffer, Viking y Laval, la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia, ha consistido en realizar un proteccionismo económico en defensa de la libertad de establecimiento de empresas, sin que prime la protección y los derechos laborales del trabajador desplazado.

En definitiva, en la Unión se deberá seguir trabajando para establecer una cláusula social que proteja los derechos laborales, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo de cada Estado miembro y adoptando pactos y cláusulas que promuevan el trabajo decente e impidan que se subordinen al proteccionismo económico. Con las nuevas normas comunitarias se incluyen mecanismos de control, sanciones y prohibiciones que faciliten a las instituciones de los Estados miembros velar por su cumplimiento, esperando que contribuyan a una mejor protección de las condiciones en el trabajo y de las libertades reconocidas al ciudadano europeo sin que se vean limitadas por el ejercicio de otras libertades fundamentales necesarias para el sostenimiento de una economía igualitaria.

BIBLIOGRAFIA

- BOUZA VIDAL, N., *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales*, Cursos Vitoria- Gastéiz, 2004, p. 8
- CASAS BAAMONDE, M., REY GUANTER, S., desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, Consejo Económico y Social, 2002, p. 295
- CARRASCOSA GONZALEZ, J., Contratación Laboral Internacional, p. 1271
- CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional*, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 18, 2000, p. 13
- CAVAS MARTINES, F., Globalización y Relaciones Laborales, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Volumen I, núm. 3, 2008, p. 205
- CRUZ SOTO, L., «*Hacia un concepto de globalización*», Revista Contaduría y Administración, No. 195, octubre-diciembre, 1999 p. 47
- ERMIDA URIARTE, O., Deslocalización, globalización y derecho del trabajo, IUSLabor 1/2007, p.11
- ESPLUGES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G., Derecho Internacional Privado, 10ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 624
- DE LA DEHESA GUILLERMO, «*Comprender la globalización*», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 165.
- FRANCOIS OST, «*Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza*», Anuario de Derechos Humanos, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2000 p. 456
- GARATE CASTRO, J., desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE), Ed. Aranzadi, SA, 2011, p. 38
- GIDDENS, ANTHONY, «*Un mundo desbocado, los efectos de la globalización en nuestras vidas*», Un mundo desbocado, Madrid, Grupo Santillana de ediciones, S.A 2000 p. 7
- LOBEJON HERRERO, L., pasado, presente y futuro de la cláusula social. El papel de la Organización Mundial del Comercio, ICE 60 años del Sistema GATT-OMC, Julio-Agosto 2008, N° 843, p. 158

- LORENTE MARTINEZ, I., Convenio de Roma 1980 y Reglamento Roma I. *Ley aplicable a las obligaciones contractuales. El contrato de transporte de mercancías y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Cuadernos de Derecho Transaccional, Vol. 7, Nº 1, pp. 271
- LLOBERA VILA, M., Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 5 núm. 1/2015
- MOLINA MARTIN, A., La movilidad geográfica internacional de trabajadores, Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero. Ed. Universidad de Granada, 2009
- MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, 38 edición, Ed. Tecnos, Madrid, p. 268
- OJEDA AVILES, A., derecho transnacional del trabajo, Ed. Tiranch lo Blanch, 2013, p.170
- VILLA FOMBUENA, M., *La prestación de servicios trasnacional. Una nueva perspectiva de análisis*, 2015
- VILLANUEVA, F., el artículo XX (E) del GATT, ¿una clausula social en el sistema jurídico de la organización mundial del comercio? *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 3, No. 1
- YBARRA ALFONSO, B., el carácter temporal en el desplazamiento internacional de trabajadores a efectos de la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo: hacia un concepto autónomo de temporalidad en el marco del convenio de roma de 19 de junio de 1980, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

Legislación comunitaria

Reglamentos-Convenios

- Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE)
- Reglamento (UE) Nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

- Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
- Reglamento (UE) N° 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49 CE de la Comisión (Reglamento IMI) (DO L 316 de 14.11.2012. p. 1)
- Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Directivas

- 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, Diario Oficial n° L 018 de 21/01/1997.
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior
- Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal
- Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y, por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)
- Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Legislación autónoma

- Ley 14/1994 de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último
- Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores

Jurisprudencia

- STJCE de 13 de julio de 1993 (As. C-125/92)
- STJUE (Sala Sexta) de 27 de febrero de 2002 (As. C-37/00)
- STJUE (Sala Sexta) de 10 de abril de 2003 (As. C-437/00)
- STJUE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (As. C-341/05)
- STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (As. C-438/05)
- STJUE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008 (As. C-346/06)
- STJCE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011 (As. C-29/10)
- STJUE (Sala Cuarta) de 15 de diciembre 2011 (As. C-384/10)
- STJUE (Gran Sala) de 19 de julio de 2012 (As. C-154/11)
- STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013 (As. C-64/12)
- STJUE (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2015 (As. C-47/14)
- STJUE (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2017 (As. C-168/16)
- STJUE (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017 (As. C-434/15)
- STJUE (Gran Sala) de 6 de febrero de 2018 (As. C-359/16)
- STSJ (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 2012 (núm. 230/2013)
- STS núm. 930/2013 de 30 de diciembre de 2013

Recursos web

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), Recurso consultado en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Criterio técnico núm. 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p.4 Recurso consultado en http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_97_2016.pdf
- Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima

- reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Recurso consultado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf
- Dictamen del Comité de las Regiones-El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios 2013/C 17/12. Recurso consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012AR1185>
 - Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio/Organización Internacional del Trabajo, (Instituto Internacional de Estudios Laborales), 2015, Recurso consultado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-inst/documents/publication/wcms_340866.pdf
 - Libro Verde redactado en forma de cuestionario con el que la Comisión Europea estudiaba la oportunidad de transformar el Convenio en un instrumento comunitario y modernizarlo. Recurso consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52002DC0654>
 - Niños, niñas y adolescentes migrantes, América Central y México. http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_25755/lang-es/index.htm
 - PIÑERO RODRIGUEZ, M., el desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE, Revista Derecho de las relaciones laborales, Nº 5, mayo de 2016. Recurso consultado en http://www.ctesc.gencat/docsecure/doc_76094612_1.pdf