

Núm. 20 / Curs 2011-2012

**Nuevos retos para el sindicalismo europeo.
La Jurisprudencia del TJUE relativa al desplazamiento
de trabajadores en el marco de una prestación
transnacional de servicios.**

Ana Molina Vera

QUADERNS DE RECERCA (Bellaterra)

MÀSTER UNIVERSITARI EN INTEGRACIÓ EUROPEA

Núm. 20

Curs 2011-2012

© Institut Universitari d'Estudis Europeus

© Ana Molina Vera

ISSN 2014-153X

Coordinadora de la col·lecció: Dra. Susana Beltran Garcia, Universitat Autònoma de Barcelona
(Susana.Beltran@uab.es)

Aquesta col·lecció recull una selecció d'investigacions dutes a terme per estudiants del Màster Universitari en Integració Europea. Previ a la seva publicació, aquests treballs han estat tutoritzats per professors amb grau de doctor de diverses especialitats i han estat avaluats per un tribunal compost per tres docents distints del tutor.

Les llengües de treball son castellà, català, anglès i francès

Esta colección recoge una selección de investigaciones realizadas por estudiantes del Máster Universitario en Integración Europea. Previo a su publicación, los trabajos de investigación han sido tutorizados por profesores con grado doctor de diversas especialidades y han sido evaluados por un tribunal compuesto por tres docentes distintos del tutor.

Les langues de travail son catalán, castellano, inglés y francés

This collection includes a selection of research by students of Master in European Integration. Prior to publication, the research papers have been tutored by teachers of with various specialties doctor degree and have been assessed by a commission composed of three different teachers tutor.

Working languages: Catalan, Spanish, English and French

Cette collection comprend une sélection de recherches par des étudiants de Master en intégration européenne. Avant la publication, les travaux de recherche ont été encadrés par des enseignants docteurs de diverses spécialités et après ont été évaluées par un tribunal composé de trois professeurs différents du tuteur.

Langues de travail: catalan, castillan, anglais et français.

NUEVOS RETOS PARA EL
SINDICALISMO EUROPEO.
LA JURISPRUDENCIA DEL
TJUE RELATIVA AL
DESPLAZAMIENTO DE
TRABAJADORES EN EL
MARCO DE UNA
PRESTACIÓN
TRANSNACIONAL DE
SERVICIOS.

Autora: Ana Molina Vera

Màster Universitari en Integració Europea, UAB,
Edició 2011-2012

Tutor: Dr. Miguel Gardeñes Santiago

Resumen: El TJUE ha consagrado en sus sentencias Viking, Laval, Rüffert y Comisión contra Luxemburgo una interpretación restrictiva de la directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de prestación de servicios transnacional, dando preponderancia a los principios económicos de la UE, frente a los sociales, y favoreciendo el dumping social. El objetivo será analizar si los fundamentos jurídicos de las sentencias se pueden rebatir, y hacer especial hincapié en el posicionamiento de la Confederación Europea de Sindicatos a este respecto.

Resum: El TJUE ha consagrat en les seves sentències Viking, Rüffert, Laval i Comissió contra Luxemburg una interpretació restrictiva de la directiva 96/71/CE sobre el desplaçament de treballadors en el marc d'una prestació de serveis transnacional, donant preponderància als principis econòmics de la UE, front als socials, i afavorint el dumping social. L'objectiu serà analitzar si els fonaments jurídics de les sentències es poden rebatre, i fer especial esment al posicionament de la Confederació Europea de Sindicats.

Keywords: desplazamiento de trabajadores, libertad de prestación de servicios, Laval, Rüffert, Viking, CES, ETUC, jurisprudencia TJUE, jurisprudencia TEDH, dumping social, Europa social, directiva 96/71/CE.

Desplaçament de treballadors, lliure prestació de serveis, Laval, Rüffert, Viking, CES, ETUC, jurisprudència TJUE, jurisprudència TEDH, dumping social, Europa social, directiva 96/71/CE.

Índice

INTRODUCCIÓN.	1
I.- EL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL DE SERVICIOS.	6
1. El principio de la libre circulación de personas.	6
1.1. Reglamento (CEE) nº492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.	7
2. El principio de libre prestación de servicios.	9
3. Los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios. .	10
3.1. Efectos del desplazamiento.	11
3.1.1. Seguridad social. Reglamento (CE) nº883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.	11
3.1.1.1. Elementos Generales.	11
3.1.1.2. Duración.	12
3.1.1.3. Requisitos exigidos.	13
3.1.1.4. Situaciones en las que no se puede aplicar las disposiciones del Reglamento.	13
3.1.1.5. Seguro de enfermedad en caso de desplazamiento.	14
3.1.2. Fiscalidad. Convenios de doble imposición.	15
3.2. Reglamentación legal aplicable.	16
3.2.1. Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I). Derecho laboral aplicable:	16
3.2.2. 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:	19
3.3 Jurisprudencia reciente.	23
3.3.1. Asunto C-438/05 VIKING (sentencia del TJUE de 11.12.2007)	24
3.3.2. Asunto C-341/05 LAVAL (sentencia del TJUE de 18.12.2007).	25

3.3.3. Asunto C-346/06 RÜFFERT (sentencia del TJUE de 3.04.2008).....	25
3.3.4. Asunto C-319/06 “COMISIÓN CONTRA LUXEMBURGO” (sentencia del TJUE de 19.06.2008).....	26
II.- ESTUDIO DE CASO: LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES DE LOS ÚLTIMOS TIEMPOS.....	27
1. Límites al ejercicio de acciones colectivas de carácter transnacional.....	28
1.1.- El caso Viking Line.	29
1.1.1. Las banderas de conveniencia.....	29
1.1.2. Libertad de establecimiento y acción colectiva.	30
1.2.- El caso Laval (Vaxholm).	33
1.2.1. Confrontación con la legislación internacional.....	34
1.2.2. La jurisprudencia del TEDH al respecto.....	35
2. Límites a la capacidad de los Estados miembros para establecer normas de policía en el ámbito laboral.	37
2.1.- Caso Rüffert.....	37
2.1.1. El uso de las cláusulas de trabajo en la contratación pública.....	42
2.1.2. Especial referencia a la directiva Bolkenstein.	44
2.2.- Caso Comisión contra Luxemburgo.	46
2.2.1. El concepto de orden público.....	48
2.2.2. Interdicción de la doble sujeción.	50
III.- LA PERSPECTIVA DE LA CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS.	52
1. La Confederación Europea de Sindicatos: un instrumento de acción sindical a nivel europeo.....	52
2. Posibles respuestas a estas cuatro sentencias desde un punto de vista sindical.	55
2.1. Una cláusula de progreso social.....	55
2.2. Modificación urgente de la directiva 97/71/CE.	57
2.3. Coordinación de la negociación colectiva en su dimensión transnacional.	58

CONCLUSIONES:	60
Referencias bibliográficas:	64
Literatura:	64
Textos legislativos:	66
Sentencias:	67
Documentos de la Confederación Europea de Sindicatos:	69
Otros documentos a tener en cuenta:	69

Abreviaciones:

OIT: Organización Internacional del Trabajo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CES: Confederación Europea de Sindicatos

UGT de Catalunya: Unión General de Trabajadores de Cataluña

INE: Instituto Nacional de Estadística

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

EEE: Espacio Económico Europeo

TSE: Tarjeta Sanitaria Europea

OCDE: Organización para la cooperación y el desarrollo económico.

FSU: Sindicato de marinos finlandeses.

ITF: Federación Internacional de Trabajadores del Transporte

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

BALPA: Sindicato de pilotos británico.

INTRODUCCIÓN.

A finales del año 2007, empecé a trabajar en la Secretaria de Política Europea y Relaciones Internacionales de la UGT de Cataluña. Una de las primeras tareas que se me encomendó fue la coordinación de la campaña contra las sentencias Viking y Laval, al entender que estas podían ser la base a partir de la cual el Tribunal de Justicia de la UE articulara su jurisprudencia en derecho laboral y social de manera restrictiva.

Esta campaña se articuló en torno a dos grandes bloques: el primero consistía en acciones mediáticas y visibles a nivel de la ciudadanía, con el objetivo de informar de manera breve y concisa sobre los efectos que estas sentencias tendrían sobre la movilidad de los trabajadores europeos, y un segundo bloque, de carácter interno para la organización sindical, que tenía por objetivo elaborar un argumentario más detallado que permitiera articular una estrategia ofensiva de defensa de los derechos de los trabajadores desplazados en partenariat con la Confederación Europea de Sindicatos.

Al finalizar la campaña, me di cuenta que debido a las características de la organización en la que trabajo y a la velocidad de los acontecimientos del día a día, era difícil analizar de manera objetiva la cuestión objeto de debate. ¿Era cierto que estas cuatro sentencias eran el inicio del fin de la Europa social?, ¿la Europa social existía antes de 2007, fecha de emisión de las sentencias? ¿Realmente el Tribunal de Justicia de la UE limitaba el poder de las organizaciones sindicales en sus competencias más básicas o simplemente garantiza la libertad de establecimiento establecida por el **art. 49 del TFUE**¹ de una manera equilibrada?

1 En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen

Esas preguntas y la constatación que este tema tenía una gran carga simbólica que iba más allá de las cuestiones puramente jurídicas, me llevaron a decidir que éste sería el tema de la memoria final del máster.

Cabe añadir que en el análisis de estas sentencias y de la legislación que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios no puedo dejar al margen la situación crítica que está viviendo Europa en estos momentos.

La crisis económica y financiera que asola el continente desde el año 2007 puede darnos una nueva visión de la situación que están viviendo los trabajadores europeos. Después de los rescates de Irlanda, Grecia y Portugal, y bajo la espada de Damocles del posible rescate de España, vemos como se imponen una serie de medidas de austeridad que obligan a los Estados europeos a apretarse el cinturón, haciendo que los que sufren las consecuencias de las mismas sean los trabajadores europeos, y especialmente aquellos que conforman la clase media que sustenta el llamado Estado de bienestar.

Es en este marco de dificultades, en el que me gustaría analizar el debate sobre la existencia de la llamada Europa social, si esta existe y si es así, si es compatible con el pleno ejercicio de las libertades económicas, y concretamente la libre prestación de servicios regulada en los **arts. 56 a 62 del TFUE**.

Los movimientos de personas, sea por las razones que sean, existen desde que el mundo es mundo, pero a nivel comunitario tienen una especificidad, y es que la circulación es entre Estados, pero dentro de una unión aduanera. La época en la que los europeos del sur emigraban hacia el norte en busca de una vida mejor parecía haber quedado atrás, pero la situación actual en la que países como España tienen más de 5 millones de parados y en la que un 50% de los menores de 25 años están desocupados, al igual que ocurre en Grecia, hacen presagiar que en los próximos años este fenómeno volverá a

en el art. 54.2, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

producirse. De hecho, el Instituto Nacional de Estadística (INE) calcula que en el primer trimestre del 2012, 27.000 españoles partieron al extranjero, lo que supone duplicar las cifras del mismo periodo del año anterior.

Estos datos sobre movilidad nos hacen pensar que también aumentará de manera exponencial la libre prestación de servicios como mecanismo de muchos trabajadores para partir durante un tiempo a otro país a trabajar, en unas condiciones sino mejores si iguales que las que ya tenían en su hogar. Debemos garantizar que los trabajadores no compitan entre ellos empeorando sus condiciones laborales y sociales, pero también debemos asegurarnos que aquellos países que no están tan desarrollados, y que están sufriendo una crisis económica pero tienen mano de obra calificada, puedan competir en el mercado único para generar riqueza y mejorar sus condiciones sociales y políticas.

El impulso a la libertad para prestar servicios en el ámbito de la UE, así como las sucesivas ampliaciones al este en los últimos años han multiplicado esta práctica empresarial que ha supuesto un impacto enorme en las relaciones laborales a nivel nacional. El reto al que nos enfrentamos es enorme, ya que si bien se ha conseguido un desarrollo avanzado en la integración económica y en el mercado de bienes y servicios, no ha ocurrido lo mismo en relación al mercado de trabajo que se encuentra fragmentado, pues engloba sistemas jurídicos distintos y por tanto niveles de protección muy diferentes.

Eso supone que el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios mantiene un elemento de internacionalización y añade el miedo al llamado “dumping social”, o lo que es lo mismo el miedo a la degradación de las condiciones laborales y sociales de los países donde los estándares de protección en materia laboral son más altos.

Esta cuestión ha generado una ingente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que en los últimos años ha debido resolver sobre la relación entre derecho del trabajo y libre prestación de servicios.

Destacan diversos casos como son Rush Portuguesa², Vander Elst³, Albany⁴, Arblade⁵, Santos Palhota⁶, Rüffert⁷, Comisión contra Luxemburgo⁸, así como Viking⁹ y Laval¹⁰. Nosotros, a excepción de algunas referencias, nos centraremos en estos cuatro últimos casos.

A partir de estos cuatro últimos casos, de la Directiva 96/71/CE de desplazamiento transnacional de trabajadores, y del **art. 49 del TFUE**, analizaremos la ponderación que se hace del principio de libre establecimiento y del de libre prestación de servicios, así como sobre la ley aplicable a las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, y del establecimiento de los límites a la acción estatal en materia social.

Finalmente, y no por ello menos importante, me gustaría hacer especial hincapié en el papel de las organizaciones sindicales, y concretamente de la CES, que se ha visto desvirtuado por la falta de respuestas conjuntas a una situación global, ya que hasta ahora estaban acostumbrados a enfrentarse a los conflictos en clave nacional. Especialmente problemático para ellas resulta el ataque a la negociación colectiva (instrumento clave en la defensa de los derechos de los trabajadores) y la falta de una ley europea que regule el derecho de huelga.

2 C-113/89 de 27 de marzo de 1990.

3 C-43/93 de 9 de agosto de 1994.

4 C-67/96 de 21 de septiembre de 1999.

5 C-369/96 y C-376/96 de 23 de noviembre de 1999.

6 C-515/08 de 7 de octubre de 2010.

7 C-346/06 de 3 de abril de 2008.

8 C-319/06 de 19 de junio de 2008.

9 C-438/05 de 11 de diciembre de 2007.

10 C-341/05 de 18 de diciembre de 2007.

Este análisis se llevará a cabo en dos partes. En la primera se establecerá el marco teórico que regula las relaciones de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, y concretamente en la legislación y la jurisprudencia que delimitaran las fronteras de nuestro objeto de estudio. En la segunda parte, analizaremos con detalle las sentencias Viking y Laval, en aquello que hace referencia a la autotutela sindical, y las sentencias Rüffert y Comisión contra Luxemburgo, en aquello relativo a las normas de policía y las consecuencias que éstas han tenido en la manera como las organizaciones sindicales van a poder ejercer sus competencias, consistentes en la defensa de los intereses de los trabajadores por encima del país del que proceden o al que se trasladan.

Para concluir, valoraremos si estas sentencias lesivas para los intereses de los trabajadores, tienen unos fundamentos jurídicos realmente fuertes y si son acordes con la legislación internacional. En el caso de que no fuera así, se consideraría adecuado que el TJUE reorientara su jurisprudencia laboral.

I.- EL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL DE SERVICIOS.

1. El principio de la libre circulación de personas.

Este principio es de aplicación en toda la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo. Eso significa que todos los trabajadores europeos tienen derecho a desplazarse a otro Estado miembro y trabajar o buscar un trabajo allí.

El **art. 45 del TFUE**¹¹ es la base jurídica de este principio que también se contempla en el **art. 15. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**¹².

El principio comunitario de la no discriminación por razón de nacionalidad establece que todo trabajador migrante debe ser tratado de la misma manera que los trabajadores nacionales en lo relativo al acceso al empleo, las condiciones de empleo y de trabajo y las ventajas sociales y fiscales.

A fin de poner en práctica la libertad de circulación, el Consejo de la Unión Europea ha adoptado una serie de reglamentos y directivas¹³ a través de los cuáles se garantiza que

11 El TFUE entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Hasta entonces la disposición relativa a la libre circulación de los trabajadores estaba contemplada en el art. 39, de acuerdo a la numeración del tratado de Maastricht. Antes de esta etapa, es decir hasta el 30 de noviembre de 1993, dicha disposición figuraba en el art. 48 del tratado CE.

12 JOCE C-83/389 de 30.03.2010

13 Reglamento (CEE) nº 492 /2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; Reglamento (CEE) nº1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplacen dentro de la comunidad; Reglamento (CE) nº883/2004 del parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004,

las personas que ejercen su derecho a la libre circulación no se vean perjudicadas por la aplicación de los diferentes sistemas nacionales.

Eso implica, en definitiva, que el derecho comunitario no establece la unificación de las normas jurídicas de los Estados miembros, sino la coordinación de sus sistemas nacionales.

1.1. Reglamento (CEE) nº492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión¹⁴.

El Reglamento 492/2011 es el instrumento por el que se rigen los derechos de los trabajadores móviles y sus familias. En este se establece que cualquier nacional de un Estado miembro de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE), es decir los Estados miembros de la UE más Liechtenstein, Noruega y Islandia, pueden acceder libremente al mercado de trabajo de otro Estado miembro sin necesidad de permiso de trabajo. Gracias a ciertos acuerdos complementarios, los ciudadanos suizos también disfrutan de esas mismas ventajas.

Únicamente existen ciertas salvedades en lo referente al sector público, donde quedan excluidos para aquellos puestos que suponen “la participación directa o indirecta del ejercicio del poder público y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado y o de las Administraciones Públicas”¹⁵.

sobre la coordinación de los sistemas de la seguridad social; Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

14 DOUE-L-2011-81015

15 Referente a este tema, el Estado español adoptó la ley 17/1993, de 23 de diciembre sobre el acceso de determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la comunidad europea, modificada por la ley 55/99 de 29 de diciembre que en la actualidad se encuentra integrada en la ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto básico del Empleado Público.

Finalmente debemos añadir que Rumanía y Bulgaria que se adhirieron a la UE el 1 de enero de 2007, ven la libre circulación de sus ciudadanos sujeta a un período de transición que comprende tres etapas y que puede durar como máximo 7 años. Esto implica que durante este período sus nacionales necesiten un permiso de trabajo para trabajar en algunos Estados miembros de la UE27.

Así, los nacionales de estos dos países tienen acceso libre a los mercados de trabajo de Dinamarca, Grecia, Portugal, Finlandia, Suecia, República Checa, Chipre, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. En cambio, tienen todavía el acceso restringido en Bélgica, Alemania, Irlanda, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Reino Unido y Malta.

En lo que concierne al Estado español, éste reactivó el período transitorio en materia de acceso al mercado de trabajo para los ciudadanos rumanos en el mes de julio de 2011¹⁶ y el Ministro de Trabajo del momento, el Sr. Valeriano Gómez, fundamentó la decisión en base a la difícil situación del mercado de trabajo español¹⁷. Esta normativa no afecta ni a los ciudadanos búlgaros, ni tampoco a los ciudadanos rumanos que ya se encuentren en nuestro país.

El régimen de transición se aplica únicamente a la libre circulación de trabajadores pero la prestación de servicios transfronterizos puede ejercerse desde el primer día de la adhesión¹⁸.

16 Vid. orden PRE/2072/2011 de 22 de julio, por la que se publica el acuerdo de consejo de ministros por el que se establece la reactivación del período transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía.

17 Vid. Rojo, E., “Sobre la suspensión de la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena para los ciudadanos rumanos. Interrogantes jurídicos”, 2011, http://eduardorjoblog.blogspot.com.es/2011/07/sobre-la-suspension-de-la-libre_5469.html

18 Distler, K. y Essers, G., “Guide pour le travailleur mobile européen”, 2011, Confédération Européenne des Syndicats”, p. 15.

El **art. 8 de este Reglamento** regula todo lo referente a la afiliación a organizaciones sindicales y al ejercicio de los derechos sindicales.

Hasta ahora hemos tratado la libre circulación de los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de la UE y del EEE (incluida Suiza). Sin embargo, los **trabajadores nacionales que no proceden de alguno de los Estados miembros del EEE**, también conocidos como ciudadanos extra comunitarios, no pueden beneficiarse automáticamente de este derecho y necesitan solicitar un permiso de trabajo al órgano competente. Eso no obsta para que en el supuesto de que un nacional de la UE o del EEE esté casado con un nacional de un país tercero y vaya a residir y trabajar en un tercer Estado miembro de la UE, este también tendrá derecho a ejercer una actividad por cuenta ajena en el país de acogida.

Actualmente dicho derecho lo regula el **art. 23 de la Directiva 2004/38/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros residencia por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 93/96/CEE¹⁹.**

2. El principio de libre prestación de servicios.

La libre prestación de servicios²⁰ supone que cualquier trabajador autónomo o cualquier empresa puede prestar servicios de manera intermitente en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea sin estar obligado por ello a establecerse en dicho Estado como empresa y sin ser discriminado con respecto a los trabajadores autónomos o a las empresas de dicho Estado.

¹⁹ DO L 158 de 30.4.2004

²⁰ Arts. 56 a 62 del TFUE

La libre prestación de servicios implica igualmente el derecho a enviar de vez en cuando a sus propios empleados al otro país, abrir agencias comerciales, y hacer publicidad para obtener contratos sin tener que establecerse en dicho país.

No obstante, con Austria y Alemania se aplica una cláusula de protección específica según la cuál estos dos países pueden imponer límites al trabajador cuando se desplace desde los nuevos Estados miembros. Esta cláusula se aplica no sólo con respecto a los adherentes de 2004²¹ sino también a los del 2007²². Esta posibilidad es válida, única y exclusivamente para unos determinados servicios, como la construcción y la limpieza industrial, y sólo pueden aplicarse estas restricciones en caso de que los sectores se vean “seriamente afectados”.

3. Los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios.

Esta categoría de trabajadores son aquellos que ejercen habitualmente sus actividades profesionales en el territorio de un Estado miembro (Estado de origen) y que en un momento determinado de su carrera profesional son destinados por su empresa, en el marco de la “libre prestación de servicios”, a otro Estado miembro. Serán ellos el objeto de nuestro estudio.

Las características que debe tener un desplazamiento para que sea considerado como en el marco de una libre prestación de servicios fueron muy bien acotados por la sentencia Rush Portuguesa y son los siguientes:

1. el derecho de libre prestación de servicios comprende el derecho de la empresa a desplazar temporalmente a sus trabajadores, si ello es necesario para poder prestar el servicio;

21 Malta, Eslovenia, Hungría, Lituania, Eslovaquia, Polonia, Chequia, Estonia, Letonia y Chipre.

22 Rumania y Bulgaria

2. en tales casos, no se aplican las disposiciones del tratado sobre libre circulación de trabajadores, puesto que el trabajador no se integra de manera duradera en el Estado de acogida. Su presencia en él es temporal.

Por tanto, el criterio de la integración duradera o no del trabajador en el mercado de trabajo del Estado de acogida es el que permite determinar cuándo se aplican las normas sobre libre circulación de trabajadores y cuándo se aplican las de prestación de servicios.

Durante este período de desplazamiento el trabajador desplazado trabajará exclusivamente en ese otro Estado miembro. En situaciones “normales”, el trabajador está sujeto al derecho laboral, a la seguridad social y al impuesto sobre la renta de un sólo Estado miembro. En los siguientes apartados analizaremos a qué legislación se verán sometidos, puesto que un desplazamiento hacia otro Estado miembro, aun cuando sea temporal, puede alterar el marco habitual y familiar del trabajador.

3.1. Efectos del desplazamiento.

3.1.1. Seguridad social. Reglamento (CE) nº883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.²³

3.1.1.1. Elementos Generales.

Todo trabajador debe estar asegurado en el país donde ejerce sus actividades (**art. 11 apartado. 3, letra a del Reglamento (CE) nº883/2004.**) Sin embargo en caso de desplazamiento el trabajador puede acogerse a las disposiciones del **Reglamento de coordinación europeo nº883/2004**, que permite aplicar temporalmente una excepción al principio del Estado de empleo.

23 DO L 284 de 30 de octubre de 2009

Se trata de los artículos sobre el desplazamiento: **art. 12 apartado 1 y art. 16 apartado 1 del Reglamento (CE) n°883/2004** así como las disposiciones aplicables correspondientes que han sido estipuladas en los **arts. 14 a 21 del Reglamento (CE) n°987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004**. Otros textos relevantes en esta materia son las decisiones A2²⁴ y A3²⁵ de la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social.

El **art. 12.1** del Reglamento, determina las condiciones según las cuales cualquier trabajador puede, en caso de desplazamiento a otro Estado miembro (Estado de empleo), trabajar en dicho Estado sin que la legislación del Estado miembro donde el trabajador está asegurado pierda su aplicabilidad (Estado de envío).

El **art. 16** del mismo Reglamento establece otras opciones, concretamente las excepciones a los **arts. 11 a 15**. En este contexto vemos como los Estados miembros han adoptado el acuerdo de principio mutuo según el cual, en caso de desplazamiento, el principio del estado de empleo podrá estar sujeto a excepciones durante un período de 5 años.

3.1.1.2. Duración.

El **art. 12.1** estipula la posibilidad de conceder a título de excepción al principio del Estado de empleo en lo que respecta a la sujeción a la seguridad social, una primera autorización por un período máximo de 24 meses.

24 Vid. Decisión n° A2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del art. 12 del Reglamento (CE) n° 883 de 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente.

25 Vid. Decisión n° A3 de 17 de diciembre de 2009, relativa a la totalización de períodos ininterrumpidos de desplazamientos cubiertos al amparo del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo y el Reglamento (CEE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

En caso de que, por causas imprevistas, el desplazamiento de trabajadores en el contexto de una prestación de servicios se prolongará más allá del plazo previsto, la autorización podrá prorrogarse por un período máximo de 60 meses según lo estipula el **art. 16.1.**

3.1.1.3. Requisitos exigidos.

El presente Reglamento no responde a todas las preguntas que se pueden plantear en el marco del desplazamiento de trabajadores en una prestación transnacional de servicios. Por eso la Comisión administrativa para la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social ha formulado al respecto reglas complementarias en su decisión A2.

Así, debemos considerar el carácter temporal del desplazamiento, y tener en cuenta que la idea no es que el trabajador reemplace a otro trabajador que ya ha sido desplazado. Conviene también respetar una serie de aspectos:

- el empleador trabaje habitualmente en el Estado de envío,
- que el trabajador “ejerza una actividad por cuenta de un empleador”, es decir que durante el período de desplazamiento exista un vínculo orgánico entre la empresa que desplaza y el trabajador desplazado, y por último,
- que el trabajador desplazado esté directamente afiliado al régimen de la seguridad social del Estado miembro antes de iniciar su actividad.

3.1.1.4. Situaciones en las que no se puede aplicar las disposiciones del Reglamento.

Las disposiciones comunitarias del Reglamento impiden la aplicación de las normas relativas al desplazamiento de trabajadores en determinadas ocasiones, y eso significa que el trabajador desplazado debe estar asegurado en el Estado de empleo. Estamos haciendo referencia a:

- La empresa a la que ha sido desplazado el trabajador pone a éste a la disposición de otra empresa situada en el mismo Estado miembro.

- La empresa a la que ha sido desplazado el trabajador pone a éste a la disposición de otra empresa situada en otro Estado miembro.
- El trabajador es contratado en un Estado miembro, para fines de desplazamiento, por una empresa situada en un segundo Estado miembro a fin de prestar servicios a otra empresa situada en un tercer Estado miembro, sin que se cumplan los requisitos de sujeción previa al sistema de seguridad social del Estado de procedencia.
- El trabajador es contratado en un Estado miembro por una empresa situada en otro Estado miembro a fin de trabajar en el Estado miembro de contratación.
- El trabajador es desplazado con el fin de remplazar a otro trabajador desplazado.
- El trabajador ha firmado un contrato de trabajo con la empresa a la que ha sido desplazado.

3.1.1.5. Seguro de enfermedad en caso de desplazamiento.

El trabajador desplazado (y los miembros de la familia que le acompañen) se beneficiará de prestaciones en especie, tales como la asistencia médica, en el Estado miembro donde éste reside y ha sido desplazado. Mientras no se aplique el principio del Estado de empleo, el trabajador deberá solicitar para este fin al organismo competente del país de origen una tarjeta sanitaria europea (TSE) o, en caso de domicilio permanente en el Estado de empleo, el formulario S1 (certificación del derecho a las prestaciones por enfermedad y maternidad de las personas que residan en otro Estado miembro distinto al Estado competente).

La tarjeta sanitaria europea (TSE) debe conservarse mientras se requiera de asistencia médica. Sin embargo, el formulario S1, expedido en caso de residencia permanente,

debe ser entregado lo antes posible al seguro de enfermedad del Estado miembro de empleo.

3.1.2. Fiscalidad. Convenios de doble imposición.

En caso de desplazamiento, la imposición fiscal se regirá por el convenio bilateral vigente relativo a la doble imposición, pactado por el Estado de residencia del trabajador desplazado y el Estado de empleo al que ha sido desplazado el trabajador.

La mayoría de los convenios de doble imposición siguen el modelo de convenio de la OCDE que se actualiza a intervalos regulares y que estipula que la renta obtenida por una persona residente de un Estado contratante en razón de un empleo realizado (salario) debe ser sometida a imposición, en primera instancia en el Estado de residencia. Sin embargo el Estado de empleo gravará el salario relativo a las actividades efectuadas en su territorio (principio del Estado de empleo).

El Estado de residencia conserva sin embargo su derecho prioritario de imposición de dicha renta si satisface las condiciones siguientes:

- El trabajador desplazado no permanece en el Estado de empleo durante un período o períodos que sobrepasen los 183 días por año fiscal (antiguo modelo de convenio OCDE), o durante un período de 12 meses sucesivos (nuevo modelo de convenio OCDE).
- El salario es abonado por un empleador o por cuenta de un empleador que no reside en el Estado de empleo.
- El salario no lo asume un establecimiento permanente que la empresa tuviera en el Estado de empleo.

En definitiva, si no se cumplen estos tres requisitos, el trabajador desplazado tributará en el Estado de empleo, conforme a la legislación de dicho Estado, con efecto retroactivo a partir de su primer día de permanencia.

3.2. Reglamentación legal aplicable.

3.2.1. Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I)²⁶. Derecho laboral aplicable:

El **Reglamento (CE) n° 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²⁷** se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y comercial que presenten un vínculo con las leyes de diferentes Estados. Este Reglamento transforma el Tratado de Roma de 1980 en un instrumento jurídico de la Unión, al mismo tiempo que lo actualiza y reemplaza. Este Reglamento, en conjunción con el **Reglamento (CE) n°44/2001 de 22 de diciembre de 2000, en materia civil y mercantil (Bruselas I)²⁸** y el **Reglamento (CE) n° 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)²⁹**, establece de esta manera una serie de normas de obligado cumplimiento aplicables al derecho internacional privado en lo que concierne a las obligaciones contractuales y extracontractuales en materia civil y mercantil.

Cuando se produce un desplazamiento, el trabajador suele estar ya trabajando como colaborador del empresario que lo envía a otro Estado miembro. Eso implica que se aplica la legislación laboral del Estado miembro en que el trabajador ejerce “habitualmente” sus actividades asalariadas. Sin embargo, algunos grupos, principalmente las multinacionales, se acogen a lo estipulado en el **art. 3 apartado 1 del Reglamento (CE) n° 593/2008**, relativo a la posibilidad de elegir libremente la legislación aplicable, a condición de que la legislación laboral del Estado al cuál se ha enviado puntualmente al trabajador se aplique (temporalmente) durante el desplazamiento. Dicha elección no podrá tener como resultado privar al trabajador de la

26 JOUE L 177, de 4 de julio 2008.

27 Sustituyó al Convenio de Roma con efectos a partir del 17 de diciembre de 2009.

28 DO L 12 de 16 de enero de 2001.

29 DO L 199 de 31 de julio de 2007

protección de las disposiciones imperativas de la ley que serían aplicables a falta de elección.

El origen de ello se encuentra en el principio de norma mínima que suele caracterizar a las normas imperativas en materia de contrato individual de trabajo y que se caracteriza por que la elección de ley en el ámbito del contrato de trabajo sólo puede producir efectos si la ley escogida garantiza un nivel de protección igual o mayor que la que resultaría aplicable a falta de elección³⁰.

A estos efectos las recientes sentencias Voogsgeerd contra Navimer SA, de 15 de diciembre de 2011³¹ y Koelzsch contra Luxemburgo de 15 de marzo de 2011³², íntimamente ligadas entre sí, el TJUE debe decidir el alcance del art. 6 del Convenio de Roma de 1980.

Si no se efectúa ninguna elección, el **art. 8**³³ del mismo Reglamento establecerá la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo de conformidad con el **art. 3.1**.

En la mayoría de los casos, esta disposición nos lleva a aplicar la ley del Estado en el que, o a partir del cual, el trabajador cumple habitualmente su trabajo (**art. 8.2**). En muchos de los casos ese Estado es el mismo en el que se encuentra establecida la empresa. Esta disposición precisa que “el país en el que el trabajo se lleva a cabo habitualmente “no se entenderá que cambia aunque el trabajador ejerza su trabajo de

30 Vid. Fallon, M. “Le détachement européen des travailleurs, á la croisée de deux logiques conflictualistes”, Rev. Crit. DIP, oct.-déc. 2008, p. 800-801.

31 C-384/10.

32 C-29/10.

33 El art. 8.1 establece que “que el contrato se regirá por la ley que elijan las partes. No obstante dicha elección no podrá tener como resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3, y 4 del presente artículo”

manera temporal en otro país”³⁴. Cabe añadir que la elección de la ley aplicable no implica que el trabajador pierda la protección de la que dispone en virtud de las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable sino se efectuara ninguna elección.

Finalmente, añadir que es necesario siempre acatar las reglas de policía establecidas en el **art. 9** del convenio Roma I.³⁵ Estas normas de policía también son conocidas en el ámbito del derecho internacional privado como “leyes de orden público”, “leyes de aplicación necesaria”, o “leyes de aplicación inmediata”. Estas designan aquellas leyes que obedecen a cuestiones primordiales de interés público o social, y que en consecuencia deben aplicarse en todos los supuestos de su ámbito de aplicación, sin importar cuál es la ley aplicable a la relación jurídica que dio lugar a la cuestión. Así pues, las leyes de policía tendrán la capacidad de imponerse en su ámbito de aplicación a aquellas normas normalmente aplicables a la relación jurídica, aunque esta ley sea extranjera³⁶.

La directiva 96/71/CE de la que más adelante hablaremos con detalle, intenta en su **art. 3.1** hacer una lista de las normas de policía en materia laboral existente en los Estados miembros³⁷. Se trata de una lista de mínimos puesto que en su **art. 3 apartado 10**

34 El considerando 36 de la directiva establece que el carácter temporal de la actividad en otro país vendrá determinado por el hecho que una vez el trabajador haya realizado su trabajo en el extranjero vuelva a su país de origen a continuar trabajando.

35 El art. 9.1 establece que “una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

36 Sobre la noción de ley de policía vid. Niboyet, M.L., et De Geouffre de la Pradelle, G., “Droit International Privé”, LGDL, 2011, p.213-236.

37 Vid. Miranda, J., De Lima Pinheiro, L., y Moura Vicente, D. (coord.), “Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el mercado

permite que los Estados impongan condiciones de trabajo y empleo distintas de las enumeradas en el apartado 1 del art. 3 siempre que sean consideradas disposiciones de orden público o aparezcan fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de eficacia general y no únicamente en leyes o reglamentos.

3.2.2. 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 servicios³⁸:

La libertad de prestación “transnacional” de servicios y el desplazamiento de trabajadores vinculado a su ejercicio habían planteado desde el primer momento, en una Europa de dimensión más reducida y menos globalizada el problema de las condiciones salariales y de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados en función de la ley aplicable a sus contratos. Por eso, la Comisión Europea en un Programa de Acción Social propuso una norma específica que evitara distorsiones en la competencia y perjuicios a los trabajadores. Con este fin se presentó una propuesta de Directiva en 1991 que acabó plasmada en la Directiva 96/71/CE, y que por desgracia adoptó un sentido más “económico” que “social” a pesar de que ese era el elemento original que la inspiró³⁹.

Esta directiva ha sido traspuesta a las legislaciones laborales nacionales de cada uno de los Estados miembros, y concretamente el Estado español lo ha hecho a través de la Ley 45/1999 de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.⁴⁰

intracomunitario de relaciones laborales” Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Almedina, Coimbra, 2005, vol. I, p.381-413, en especial p. 405-413.

38 JOCE L 18, de 21 de enero de 1997.

39 Vid. Palao Moreno, G., “Directiva 93/71 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”, *REDI*, XLIX (1997), I, p. 370 y s.

40 BOE nº 286 de 30 de noviembre de 1999

El objetivo de esta directiva es armonizar las reglas de prioridad, altamente variables, con la idea de determinar qué aspectos del derecho laboral de cada Estado miembro forma parte de las reglas de prioridad, incluso si la legislación o la jurisprudencia de ese Estado no se han pronunciado al respecto. Eso no implica que hablemos de armonizar contenidos sino de aplicar el principio de subsidiariedad para dar contenido nacional concreto a esas prescripciones legales.

En su momento fue objeto de un profundo debate la elección de una directiva frente a un reglamento puesto que se temía, como así ocurrió, que la primera, que debía ser objeto de una trasposición al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros diera pie a una inseguridad jurídica generada por las posibles divergencias entre los textos legislativos⁴¹, a diferencia de lo que habría sucedido si se hubiera elegido un Reglamento que es de aplicación directa y que se puede alegar directamente ante los órganos judiciales.

Su **art. 3 apartado 1**⁴² establece las condiciones de trabajo y empleo que deben ser consideradas como normas prioritarias a respetar durante el tiempo que dure el

41 Vid. Sentencias C-244/04, de 19 de enero de 2006, Comisión /Alemania; C-168/04, de 21 de septiembre de 2006, C-490/04 de 18 de julio de 2007, Comisión /Alemania.

42 El art. 3.1 sobre condiciones de trabajo y empleo establece que los Estados miembros velarán porque cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el art. 1 apartado 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas, - por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o -por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 en la medida en que se refieren a las actividades contempladas en el anexo: a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional; 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 de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los

desplazamiento ordenado por el empleador extranjero “sea cual fuere la relación aplicable a la relación laboral”. De esta manera se evita el dumping social y la competencia desleal en el territorio del Estado miembro de empleo.

El mismo **art. 3 pero en su apartado 7** establece que cuando las condiciones laborales y las prescripciones en cuestión de protección del trabajo sean menos favorables en el Estado de empleo que en el Estado de procedencia, se podrán aplicar las condiciones de trabajo y las normas en materia de protección del trabajo del país de procedencia (principio del régimen más favorable).

Así, la aplicación obligatoria de la legislación del Estado miembro de acogida no debe implicar la pérdida para el trabajador desplazado, y durante el período de desplazamiento, de las condiciones de salario, trabajo y empleo más favorables que le habrían correspondido en el país de origen.

No olvidemos que, como ya se ha comentado anteriormente, esta regla se aplica no solamente a las disposiciones legales, sino también a las disposiciones incluidas en los convenios colectivos para el sector de la construcción y demás sectores afines. Sin embargo, cada Estado miembro tiene derecho, según el **art. 3 apartado 10 de la Directiva** a ampliarla tanto en lo que respecta a su contenido como a su ámbito de aplicación.

Varios Estados miembros han hecho uso de esta posibilidad. Incluso algunos Estados miembros han subordinado todos los convenios colectivos, que generalmente son de obligado cumplimiento para todos los sectores, al campo de aplicación de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores; es el caso de Francia, Bélgica, Finlandia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y España.

jóvenes; g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación. A los fines de la presente Directiva, la noción de cuantía de salario mínimo mencionada en la letra c) se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

En cambio, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y Reino Unido, no han extendido el campo de aplicación de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores a los convenios colectivos obligatorios. En Alemania, sólo algunos sectores han integrado la ley sobre el desplazamiento de trabajadores⁴³.

Por otra parte, la directiva establece en su **art. 3 apartado 1, segundo guión**, que en caso de que las circunstancias antes referidas estén reguladas de manera más exhaustiva por los convenios colectivos sectoriales en el ámbito de la construcción y sectores afines, deben aplicarse de igual forma a modo de reglas prioritarias. Los sectores afines comprenden todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación, o la eliminación de construcciones⁴⁴.

Finalmente, no olvidar que la presente directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, establece la norma mínima absoluta.

Esta norma mínima absoluta ofrece a los Estados miembros la posibilidad de declarar como derecho imperativo las prácticas usuales en sus territorios en materia de desplazamiento, así como otros convenios colectivos⁴⁵. Algunos Estados miembros han recurrido a esta posibilidad incluso para los convenios colectivos de todos los sectores. Se trata de Bélgica, Francia, Finlandia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal y el estado español.

El **art. 5** establece que “Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la presente Directiva. En particular, velarán por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones establecidas en la presente Directiva “. Un ejemplo de la

43 Vid. Distler, K. et Essers, G., op. cit., p.70.

44 Vid. Anexo de la directiva.

45 Vid. art. 3 apartado 10 de la directiva 96/71/CE

aplicación de este artículo lo vemos en la **sentencia de 7 de octubre de 2010**⁴⁶ en la cual el TJUE admite que para asegurar el cumplimiento de la directiva los Estados están autorizados a exigirle a un empleador establecido en otro Estado miembro que declare a las autoridades locales previamente al desplazamiento, las circunstancias del mismo, el nombre de los trabajadores, las tareas a realizar y el sueldo que percibirán. En definitiva, el TJUE admite que los Estados miembros, en virtud del **art. 5**, tienen un margen amplio para determinar las medidas de control que aseguren el cumplimiento de la Directiva, pero a pesar de ello deberán hacerlo respetando la libertad de circulación garantizada por los **arts. 56 y ss. del TFUE**⁴⁷.

Por último, las autoridades nacionales así como el TJUE no deben olvidar que pueden aplicar la prohibición del abuso de derecho⁴⁸ en aquello relativo a las medidas que garanticen el respeto a las disposiciones sobre las condiciones de trabajo. En relación a este punto vemos como la jurisprudencia del TJUE ha desarrollado una doctrina en base a la cual no se puede hacer un ejercicio abusivo de los derechos conferidos por el Tratado, entre los cuáles se incluye el de prestar servicios.

3.3 Jurisprudencia reciente.

Como ya hemos comentado anteriormente, la legislación relativa al objeto del debate no ha sido suficiente para acotar de manera clara los derechos a los que quedan sujetos los trabajadores que se desplazan a trabajar a otro Estado miembro en el marco de una

46 Caso C-515/08.

47 Vid. Gardeñes, M., “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, *Melanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier-Liber Amicorum*, 2012, p.262.

48 Vid. Raluca, I., “L'abus de droit en droit communautaire”, *Atelier National de reproduction des Thèses, Lille*, 2008, pag. 35 a 79 en lo relativo a libre prestación de servicios.

prestación transnacional de servicios, y es por ello que el Tribunal se ha visto obligado a resolver múltiples cuestiones prejudiciales a lo largo de los años.

El preámbulo de la directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores declaraba que la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios entre los Estados miembros constituía uno de los objetivos de la comunidad (1er considerando) y que toda restricción en base a la nacionalidad o a la residencia está prohibida (2do considerando). Además en el 5to considerando añade que “el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto al derecho de los trabajadores”,

Es en este contexto en el que el TJUE ha tenido que resolver una serie de casos en los que se pronunció sobre la relación entre las libertades fundamentales dentro del mercado único y la protección de los trabajadores, así como los derechos sociales fundamentales.

Se hará un pequeño análisis de los cuatro casos más relevantes de los últimos años en esta materia, y se verá cuáles han sido los elementos clave a debate en cada uno de ellos. En la segunda parte del trabajo los analizaremos en más profundidad para intentar averiguar si el Tribunal resolvió las cuestiones prejudiciales de acuerdo al espíritu de la directiva y los tratados fundacionales o si por el contrario, orientó sus resoluciones de manera que desprotegía a los trabajadores desplazados y favorecía la desregulación de los mercados laborales de cada uno los Estados miembros.

3.3.1. Asunto C-438/05 VIKING (sentencia del TJUE de 11.12.2007)

La compañía naviera finlandesa Viking Line proyectaba cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y registrar dicho buque con otro pabellón en Estonia a fin de pagar a la tripulación un salario de acuerdo al nivel salarial estonio, es decir inferior. El sindicato de marinos finlandeses (FSU) y la federación internacional de trabajadores del Transporte (ITF) trataron de impedirlo. EL TJUE consideró que las amenazas de acción sindical constituían una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del **art. 43 del TFUE**.

3.3.2. Asunto C-341/05 LAVAL (sentencia del TJUE de 18.12.2007).

La empresa letona Laval había desplazado varios trabajadores de Letonia a Suecia para realizar trabajos en el sector de la construcción. Laval había celebrado un convenio colectivo con un sindicato de obreros de la construcción letón, pero no con el sindicato sueco. A fin de que se firmase dicho convenio colectivo, los sindicatos suecos emprendieron acciones sindicales de acuerdo a lo que establece al respecto la legislación sueca. La empresa Laval presentó una demanda de resultados de la cual el TJUE ratificó el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo a fin de evitar el dumping social, pero en el caso concreto, el Tribunal concluyó que según la directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, ningún Estado miembro tiene derecho a supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima fijados por el Estado. Sin embargo, en el caso de que en el país concerniente no existiera ningún tipo de normativa en materia de salario mínimo (en Suecia por ejemplo la negociación en materia de salarios es un asunto del que se encargan exclusivamente los interlocutores sociales en el marco de las negociaciones colectivas), las acciones sindicales para proteger a los trabajadores serían ilegítimas.

3.3.3. Asunto C-346/06 RÜFFERT (sentencia del TJUE de 3.04.2008).

Una empresa de construcción alemana adjudicó un contrato para la construcción de un establecimiento penitenciario en Baja Sajonia a una empresa polaca que pagaba un salario inferior al acordado en el convenio colectivo. Esta práctica contravenía la ley del länder sobre la contratación pública, según la cual la adjudicación de contratos públicos sólo podrá hacerse si los salarios fijados en el convenio se abonan en el lugar de la ejecución de la prestación de servicios. EL TJUE juzgó que el länder no podía exigir salarios convencionales para la adjudicación de contratos públicos si el convenio colectivo no había sido declarado de aplicación general.

3.3.4. Asunto C-319/06 “COMISIÓN CONTRA LUXEMBURGO” (sentencia del TJUE de 19.06.2008).

En este caso se trataba de averiguar si un Reglamento jurídico del Gran Ducado de Luxemburgo que establecía que la retribución debía adaptarse automáticamente a la variación del coste de la vida, incluso cuando se trataba de trabajadores desplazados era conforme al derecho comunitario. Esta indexación incluía todos los salarios incluidos los mínimos. Este último elemento fue el que condenó el Tribunal, ya que el mismo va más allá de lo que establece el **art. 3 apartado 1c de la directiva sobre el desplazamiento de trabajadores** (“cuantía de salario mínimo”). Luxemburgo invocaba la cláusula del art. 3.10 que estipula que los Estados miembros pueden, por razones de orden público, imponer también otras exigencias además de las ya establecidas en el apartado 1 del mismo artículo. El tribunal no siguió esa orientación.

Para concluir este apartado y después de esta breve introducción sobre los hechos y la resolución de estos casos, nos preguntamos qué ha ocurrido. En un principio, la directiva se consideraba que iba a ser uno de los instrumentos más relevantes en la lucha contra el dumping social, es decir, contra la competencia desleal en materia de salarios y condiciones de trabajo de los asalariados practicada por los prestatarios de servicios extranjeros en el mercado (de trabajo) del Estado de acogida.

Sin embargo, las resoluciones emitidas por el alto Tribunal hacen que nos preguntemos si esta Directiva es realmente capaz de asegurar el cumplimiento del principio “a igual trabajo, igual remuneración e iguales condiciones de trabajo”. Añadiremos, que el Tribunal resolvió tres de los casos interpretando la directiva de manera restrictiva, es decir, considerando que el texto era de máximos en lo referente a los elementos que pueden regularse, el nivel de protección que puede exigirse, y a los métodos que se pueden usar a fin de asegurar su cumplimiento por parte de las empresas nacionales y extranjeras en un sector o región determinados de la misma manera.

Finalmente, y como veremos más adelante, añadir que tras estas sentencias la CES propuso que se anexara a los Tratados una cláusula de progreso social que especificara que todas las disposiciones relativas a la libre circulación incluidas en los Tratados

debían ser interpretadas a las luces de lo que estos estipulan en el **art. 3.3.** “*la Unión (...) obrará en pro (...) de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social (...)*”. Es decir los textos fundamentales se deberán interpretar de manera que no violen los derechos fundamentales y que las mismas integren de manera amplia el concepto de progreso social y armonización por encima de las condiciones de trabajo y de los regímenes sociales.

Nosotros en la segunda parte de la memoria intentaremos argumentar que la inclusión de esta clausula no es necesaria, puesto que si el Tribunal resuelve siguiendo el espíritu de los Tratados pero también de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, no debería haber ningún tipo de confrontación entre los intereses económicos y los sociales.

II.- ESTUDIO DE CASO: LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES DE LOS ÚLTIMOS TIEMPOS.

Las cuatro sentencias que hemos nombrado anteriormente han causado una gran inquietud entre las organizaciones sindicales, pero también entre muchos autores de la literatura especializada. Los laboristas se han mostrado especialmente preocupados, y también aquellos que creen que la Unión Europea se creó en base a los principios de igualdad, promoción de la cohesión social y la defensa del Estado de bienestar.

Por un lado, y en relación a la sentencia Viking de 11 de diciembre de 2007⁴⁹, y a la sentencia Laval de 18 de diciembre de 2007 analizaremos los efectos que esta decisión tiene sobre el ejercicio de las acciones colectivas por parte de los trabajadores y de las organizaciones sindicales.

49 Caso C-438/05.

Por otro lado analizaremos, en base a las sentencias Rüffert de 3 de abril de 2008⁵⁰, y Comisión contra Luxemburgo, de 19 de junio de 2008⁵¹, cuál es el margen que se deja a los Estados miembros a los cuáles los trabajadores han sido desplazados para aplicar las leyes de orden público en materia laboral que consideren, con el objetivo de exigir condiciones laborales adicionales en su mercado laboral.

1. Límites al ejercicio de acciones colectivas de carácter transnacional.

Uno de las cuestiones a las que se enfrenta el Tribunal al analizar estos supuestos es que la concepción del derecho de huelga no es la misma en todos los países de la UE. Así, en Francia, pero también en el Estado español la huelga es un derecho individual que se ejerce de manera colectiva⁵². En cambio, en los sistemas escandinavos como en Suecia y Finlandia, países en los que se originó el conflicto del que tratamos, se tiene una concepción colectiva del derecho de huelga, en la que los sindicatos juegan un papel determinante en la decisión de recurrir a la huelga, que se considera siempre se hace cuando el resto de opciones se han agotado.

Esta diferencia hace que el test de proporcionalidad y el control de las reivindicaciones impuesta por el TJUE para el supuesto de conflictos transnacionales de los que hablaremos más tarde, no concuerde mucho con la concepción de autonomía colectiva de los países mediterráneos donde son los asalariados los que deciden si hacen huelga y las organizaciones sindicales no tienen capacidad jurídica para decidir⁵³.

50 C-346/06.

51 C-319/06.

52 Vid. E. Alles y T. Novitz, "Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the balance", Inersentia, 2010.

53 Vid. S. Laulom, "Les arrêts Viking et Laval: et après?", *Le Droit Ouvrier* n°748, nov. de 2010, p.570-575

Eso abre una serie de interrogantes añadidos sobre cómo afectaría la jurisprudencia del TJUE en esta materia a los países con una tradición jurídica totalmente distinta a la escandinava, léase por ejemplo en el estado español.

Una vez hecha esta aclaración pasamos al análisis de las sentencias de este apartado.

1.1.- El caso Viking Line.

1.1.1. Las banderas de conveniencia.

Antes de entrar de lleno en el análisis de la sentencia querría hacer hincapié en una cuestión que me parece especialmente relevante en relación a este caso. Se trata de uno de los actores del supuesto de hecho, la Federación Internacional de Transportes (ITF de ahora en adelante) creada en el año 1948 en Oslo, y que agrupa a 624 federaciones sindicales del transporte representadas en 142 países. Tiene como uno de sus principales objetivos la lucha contra las banderas de conveniencia como acción de solidaridad con los trabajadores empleados en naves cuyo registro tiene lugar en un Estado distinto del propio del propietario de la embarcación⁵⁴. Históricamente el uso de las banderas de conveniencia ha sido usado por los armadores para reducir los costes de su actividad mercantil y devenir competitivas con el resto de empresas que ejercen su misma actividad a costa de reducir hasta límites insospechados los costes salariales de los marinos.

Esta práctica fue muy difundida antes de la segunda guerra mundial en pequeños países subdesarrollados como Panamá y Liberia que ponían a libre disposición de armadores extranjeros el abanderamiento propio, para que estos pudieran cortar toda vinculación con las tradiciones sociales de los países de origen. Sin embargo, el número de países que se ofrecen para esta práctica fraudulenta aumentó debido a la demanda sobretudo de armadores griegos y estadounidenses. Las naves noruegas y suecas se sustrajeron casi

54 ITWF, Flags of convenience campaign, www.itfglobal.org/flags-convenience/index.cfm

del todo a esta práctica (de lo cual se muestran muy orgullosos), también por la difusa observancia en esos países de las Recomendaciones nº 107⁵⁵ y 108⁵⁶ de la OIT.

En este contexto, en febrero de 2006, la OIT consolidó en un texto único todas las fuentes relativas al trabajo marítimo y a su tutela⁵⁷. La Comisión Europea ha definido ese convenio como el esbozo del primer código universal sobre el trabajo marítimo y ha augurado su transposición al derecho comunitario⁵⁸.

1.1.2. Libertad de establecimiento y acción colectiva.

La primera de las cuestiones que debemos abordar es que este supuesto no concierne propiamente al principio de la libre prestación de servicios incluido en los tratados ni a la directiva 96/71/CE, sino al principio de la libertad de establecimiento incluido en el artículo 49 del TFUE (ex 43 TCE). El TJUE resuelve que en este caso no se tratarán las cuestiones relacionadas con la libertad de prestación de servicios porque el litigio se produce previamente al hipotético cambio de matriculación del navío. Sin embargo, vamos a tratar esta sentencia en este apartado, puesto que establece el principio según el cual las acciones colectivas deben respetar los principios del mercado interior.

55 Sobre el enrolamiento de la gente de mar (buques extranjeros). Adopción: Ginebra, 41ª reunión CIT (13 mayo 1958).

56 Sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente del mar. Adopción: Ginebra, 41ª reunión CIT (14 mayo 1958).

57 Vid. OIT, Convenio sobre Trabajo marítimo, nº 186, 2006, en www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm

58 Comunicación de la Comisión de 15 de junio de 2006 con arreglo al art. 138.2 TCE sobre el reforzamiento de las normas que regulan el trabajo marítimo, COM (2006) 287 final. Se trata de la primera consulta entre las partes sociales para inducir las a concordar a través de un acuerdo marco la transposición del convenio marítimo en el ordenamiento europeo. En este no sólo se tratarían cuestiones relativas a la seguridad de las naves y de los marinos sino también al llamado “dumping social” y del trabajo “digno” del personal embarcado.

El sindicato de marinos finlandés (Finnish Seamen's Union - FSU) y la International Transport Workers' Federation (ITF) a la cual está afiliada la FSU, iniciaron medidas de presión contra Viking Line para establecer que aunque el Rosella, nombre del ferri que hace el trayecto Helsinki-Tallin cambiara de bandera, la empresa mantendría la tripulación y la condiciones laborales previstas por la ley finesa. El armador se dirigió a la jurisdicción británica (la sede de ITF estaba en Londres) para demandar que se declarase que la amenaza de huelga por parte de la FSU era contraria al principio de libre establecimiento, así como pedir que se retirara la circular de la ITF demandando a todos sus afiliados, incluidos los estonios (país en el que se quería matricular el transbordador), que no firmaran ningún tipo de convenio colectivo bajo amenaza de sanción.

Los argumentos principales de la defensa de las organizaciones sindicales y de algunos Estados era que las medidas de acción colectiva deberían quedar al margen del ámbito de aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento del Tratado. Entendían que se debía aplicar por analogía la solución de la **sentencia Albany, de 21 de septiembre de 1999**⁵⁹ en el que el TJUE establecía que en virtud de los objetivos de política social, los convenios colectivos celebrados entre las organizaciones sindicales y las organizaciones patronales deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del **art. 101 del TFUE** (ex. 85.1 del TCE) que establecía la prohibición de los acuerdos restrictivos a la competencia⁶⁰.

El TJUE sin embargo entiende que no puede extender la aplicación de las normas sobre libre competencia al ámbito de la libre circulación⁶¹.

59 Caso C-67/96

60 Vid. L. Driguez, "Droit social et droit de la concurrence", préface L. Idot, Bruylant, Bruxelles, série Concurrence, 2006, p. 41 y 765-768.

61 Pts. 51-55; CJCE 21 septembre 1999, Albany International BV, caso C-67/96; C. Vigneau, "De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de la concurrence", JCP 2001-E-1032.

En segundo lugar, el hecho que el derecho de huelga y otras medidas de acción colectiva sean reconocidos como derechos fundamentales en las constituciones nacionales y en muchos instrumentos de derecho internacional, no es suficiente según los argumentos del TJUE para dejarlos al margen de la aplicación de las disposiciones del Tratado sobre libre circulación. A pesar de que el Tribunal reconoce el derecho de huelga como un derecho fundamental reconocido por el sistema jurídico de la UE y mencionado en el **art. 28** de la Carta europea de Derechos Fundamentales, su ejercicio puede ser sometido a restricciones.⁶² Para valorar si esas restricciones son legítimas o no, el Tribunal aplicará su test habitual para averiguar si existe un objetivo legítimo, necesario y proporcional.

En el caso concreto, el Tribunal valoró que la protección de los trabajadores era una razón imperiosa de interés general y que además la UE no tiene sólo una finalidad económica sino también social⁶³.

En este contexto aconseja a la jurisdicción nacional que presentó la cuestión prejudicial que valore si las medidas de acción colectiva que se llevaron a cabo eran las adecuadas para asegurar la finalidad perseguida⁶⁴, es decir mantener los puestos de trabajo del Rosella y las condiciones laborales del personal del ferri. Eso sí, se debía hacer teniendo en cuenta una serie de pautas que proporciona el propio TJUE, como son evaluar si los empleos estaban realmente amenazados, si el sindicato finés tenía otros mecanismos de presión menos lesivos en relación al principio de libertad de establecimiento, antes de ejercer la huelga y finalmente, si esta era un mecanismo útil para garantizar el objetivo perseguido.⁶⁵

62 Pto.41.

63 Ptos. 77-79.

64 CEDH, 27 de octubre 1975, Syndicat national de la police belge c/ Bélgica, serie A nº19, y 2 de julio 2002, Wilson National Union of Journalists e.a.c/ Reino Unido, Rec. 2002-V,

65 Ptos. 80-90.

1.2.- El caso Laval (Vaxholm).

En este caso se trata de analizar si estas medidas de acción colectiva enmarcadas (esta vez sí) en el marco del principio de la libre prestación de servicios contemplado en la directiva 96/71/CE y en los Tratados, en compatible con el derecho de la Unión.

El supuesto de hecho contempla como una empresa letona desplaza a un colectivo de trabajadores para trabajar en el sector de la construcción en Suecia. La federación del metal y afines del sindicato sueco inicia negociaciones con Laval Ltd. de acuerdo al derecho local para que respeten las normativas sobre salarios y se les apliquen a los obreros desplazados. Cuando la empresa se niega, las organizaciones sindicales organizan el bloqueo de las obras que la empresa está realizando y que, al cabo de un tiempo, desemboca en la quiebra de la misma y el consiguiente retorno de los trabajadores desplazados a su país de origen.

La empresa presentó una demanda ante los tribunales suecos para que declararan que de acuerdo al derecho de la Unión las acciones colectivas iniciadas por los sindicatos suecos eran ilegales y, en consecuencia, debían ser resarcidos por los daños y perjuicios causados.

En este caso concreto, el tribunal sueco de trabajo, emitió sentencia definitiva el 2 de diciembre de 2009 condenando al sindicato de la construcción y de los electricistas a pagar 2'5 millones de coronas suecas en concepto de daños y perjuicios a los que se debía añadir 250.000€ en concepto de gastos procesales, por una acción considerada según el derecho sueco como de acuerdo a derecho⁶⁶. Ante estos hechos este país escandinavo inició reformas de su legislación para intentar minimizar en la medida de lo posible los efectos de esta sentencia en su territorio, pero eso sólo ha supuesto enmarcar de manera mucho más estricta el derecho de huelga⁶⁷.

66 Vid. B. Nyström, "Final decision in the Laval Case", *European Labour Law Journal*, 2010, p. 277.

67 Vid. S. Laulom, F. Lefresne, "Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes: peut on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe", *La revue*

Una de las cuestiones que genera más indefensión, desde el punto de vista de la CES, es que el riesgo a que se les condene a pagar daños y perjuicios pueda condicionar en un futuro la capacidad de presión de las organizaciones sindicales, que tienen en su ADN la huelga y otros instrumentos de acción colectiva como mecanismo de presión en el marco de una negociación.⁶⁸

A ello debemos añadir, que tal y como esta organización denuncia⁶⁹, en esta sentencia se da a las cuatro libertades un efecto horizontal directo, es decir que cualquier empresa inmersa en un litigio transnacional podrá alegar ante los tribunales estas sentencias contra toda acción sindical que considere injustificada o “desproporcionada”, lo cual dejaría en manos del libre arbitrio de los jueces y no de la ley, la evaluación de esa “proporcionalidad”.

1.2.1. Confrontación con la legislación internacional.

Se puede considerar que la jurisprudencia del Tribunal no es compatible con las obligaciones que los Estados miembros y la Unión en su conjunto han asumido respecto a algunos instrumentos internacionales. Concretamente, podemos apuntar que la comisión de expertos para la aplicación de las Convenciones y Recomendaciones de la OIT, ya ha analizado en el marco del caso BALPA del que ya hemos hablado anteriormente, si se violaba la **Convención nº 87 de la OIT sobre libertad sindical**⁷⁰

de l'IRES, nº63, spécial, Flexisécurité, sécurisation des parcours professionnels et protection sociale, 2009/4, p. 127.

68 Vid. S. Laulom, loc. cit., p. 570-575 a propósito del caso BALPA, un sindicato de pilotos británico que en el marco de una negociación presionó a British Airways con la convocatoria de una huelga y estos contraatacaron con la amenaza de denunciarles por daños y perjuicios por una cantidad estimada de 100 millones de libras diarias. Como consecuencia de ello, la huelga no se convocó.

69 Vid. “Réponse de la CES aux arrêts de la CEJ dans les affaires Viking et Laval. Résolution adoptée par le comité exécutif de la CES lors de sa réunion du 4 mars à Bruxelles. CE. 179.”
http://www.etuc.org/IMG/pdf_ETUC_Viking_Laval_-_resolution_7-3-08_FR1.pdf

70 Adopción: San Francisco, 31ª reunión CIT (09 julio 1948). Entró en vigor el 4 de julio de 1950.

Las conclusiones a las que llegó esta comisión fueron que efectivamente la jurisprudencia del TJUE suponía una restricción al derecho de huelga tal como está concebido en la Convención⁷¹.

1.2.2. La jurisprudencia del TEDH al respecto.

Todavía resulta más sangrante si cabe, si analizamos esa misma jurisprudencia del TJUE a la luz de la CEDH⁷², interpretada por el Tribunal de Estrasburgo, pues es sabido la importancia que tiene la jurisprudencia de este órgano judicial en la legislación y la jurisprudencia de la UE, así como la posibilidad de una futura adhesión de la UE a la Convención.

Dos sentencias recientes del TEDH relativas al derecho de negociación colectiva y de huelga nos parecen especialmente pertinentes ya que ligan esos dos derechos al art. 11 de la convención⁷³. Se trata de la sentencia **Demir y Baykara c. Turquía de 12 de noviembre de 2008**⁷⁴ y **Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquía de 21 de abril de 2009**⁷⁵. La primera de ellas afirma que los derechos a la negociación colectiva y a negociar convenios colectivos son elementos consustanciales a la libertad sindical protegida por el **artículo 11**. En la segunda, de manera reiterada, el Tribunal declara que el derecho de huelga “constituye un elemento importante para los miembros de un sindicato en la protección de sus intereses”.

71 Vid. Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III, partie 1A, BIT, Genève, 2010, observations concernant certains pays, Royaume Uni, p. 211-212.

72 Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa.

73 “Derecho a la libertad de reunión y asociación, incluyendo el derecho de crear sindicatos y de afiliarse a ellos para la defensa de sus intereses”.

74 Demanda nº 34503/97; texto sentencias en <http://www.echr.coe.int>

75 Demanda nº 68959/01; texto sentencias en <http://www.echr.coe.int>

Sin embargo, esos derechos no son ilimitados y así el **art. 11.2 de la CEDH** añade que su ejercicio “no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”.

La clave para identificar si la jurisprudencia Viking y Laval es compatible con la CEDH es analizar si los límites que esta jurisprudencia exige a las medidas de acción colectiva respetan las condiciones del **art. 11.2** tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Estrasburgo.⁷⁶

Este punto es de gran relevancia pues una de las primeras cosas que identificamos es la diferente interpretación que hacen los dos Tribunales en relación a la admisibilidad de restricciones al derecho de huelga. Así la TEDH entiende que los límites al derecho de huelga deben interpretarse de manera restrictiva mientras, a sensu contrario, el TJUE entiende la libre circulación como la regla general y todos los límites que quieran imponerse a ella deberán interpretarse de manera estricta y sometidas al control de proporcionalidad.

Finalmente añadir, que a pesar de que el TJUE califica las libertades de circulación como derechos fundamentales, en realidad se trata de libertades económicas en el sentido estricto del término.

Para concluir, podríamos decir que los límites a las medidas de acción colectiva establecidas por la jurisprudencia del TJUE no son compatibles con el **art.11.2 de la CEDH**. Ciertamente, podríamos admitir que estas medidas fueran limitadas en defensa de la libre circulación, por ejemplo bajo el epígrafe de la “protección de los derechos

76 Vid. Gardeñes, M., “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations des services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, *Liber amicorum - Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, 2012, p. 270.

ajenos”, sin embargo no deja de tratarse de un concepto jurídico indeterminado, falta de claridad y precisión para establecer límites a un derecho fundamental. Además, el tribunal a menudo establece unas pautas de actuación amplias a partir de las cuáles los tribunales nacionales deben decidir. No pensamos que en el caso de un derecho fundamental como el derecho de huelga se deba dejar a las circunstancias nacionales, y de cada momento la resolución de la procedencia o no de la medida de acción colectiva.

Entendemos que para ser conforme al art. 11.2 de la CEDH es necesario establecer de manera clara los límites para que los interesados puedan predecir las consecuencias de sus actuaciones y así actuar en consecuencia.

Es por ello por lo que entendemos que el TJUE debería modificar los criterios de control relativos a la libertad de establecimiento y a la prestación de servicios, ya que no son los parámetros más apropiados para las acciones colectivas y concretamente el derecho de huelga.

2. Límites a la capacidad de los Estados miembros para establecer normas de policía en el ámbito laboral.

2.1.- Caso Rüffert.

La sentencia Rüffert es un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el alcance de la Directiva 96/71/CE y sobre su relación con la libre prestación de servicios. Aparece un año después que las polémicas sentencias Viking y Laval relacionaran, como hemos analizado anteriormente, la libertad fundamental empresarial de prestación de servicios con las acciones de autotutela sindical de los trabajadores desplazados y afectados por el ejercicio de esa libertad y la consecuente prevención del dumping social.

Sin embargo, no se debe desconocer, sobre todo en el caso de la sentencia Laval, que hay otro elemento directamente relacionado con el alcance de la directiva 96/71/CE, que serán tratados en éste caso, y que consiste en la capacidad de los Estados miembros para

determinar “las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, incluidas las cuantías de salarios mínimos”⁷⁷.

El litigio de origen que ha dado lugar a la cuestión prejudicial del presente asunto hace referencia a la resolución de un contrato de obras públicas celebrado entre el Land de Baja Sajonia y una sociedad que, por su situación de insolvencia, actuó a través de su administrador concursal, el Sr. Rüffert. La resolución contractual objeto de litigio se fundó en una ley sobre contratación pública del Land, que establece que “la entidad pública contratante sólo puede adjudicar contratos de obras y de transporte público de cercanías a empresas que abonen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios”. Con ello se obliga a los adjudicatarios e indirectamente a sus subcontratistas, a abonar a los trabajadores desplazados como mínimo la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de la actividad, incluso, como ocurría en el caso, si, el convenio colectivo local correspondiente no había sido declarado de eficacia general, previéndose sanciones por incumplimiento que podrían llegar a la resolución del contrato de obras y a multas, como tendría lugar en el caso.

La empresa adjudicataria asumió ese compromiso, pero uno de sus subcontratistas, una empresa polaca, desplazó a trabajadores de esta nacionalidad abonándoles salarios notablemente inferiores, concretamente menos de la mitad de los salarios convencionales. Ello supuso que el Land iniciará el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento, al no abonarse los salarios establecidos en convenio, e interpusiera una demanda para la interposición a la adjudicataria de una cláusula penal del 10% del valor del contrato. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, imponiendo una pena contractual del 1% del valor del contrato.

77 Vid. Landa Zárain J.P. y Moreno Marcos M., “Una nueva encrucijada del Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de acción sindical con el respeto de la libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, *Relaciones Laborales*, nº11, 2008, pp.13 y ss.

Recurrida la sentencia en apelación, el Oberlandesgericht Celle⁷⁸ planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial, formulando su duda sobre si la ley del Land, que obliga a pagar a los trabajadores desplazados, los salarios alemanes más elevados, es compatible con la libertad de prestación de servicios del **art. 56 TFUE** (ex. art. 49 TCE) al privar a las empresas de la ventaja competitiva de sus costes salariales más bajos, creando un obstáculo para el acceso al mercado de las personas físicas y jurídicas de otros Estados miembros.

El tribunal remitente consideró que la obligación de respetar los convenios colectivos locales no estaba justificada por razones imperiosas de interés general, sino que tenía un objetivo económico, es decir la protección de las empresas constructoras alemanas frente a la competencia procedente de otros Estados miembros. Además destacó que el salario convencional exigible era más alto que el salario mínimo aplicable en el conjunto del territorio de la República Federal alemana en virtud del convenio colectivo nacional del sector con eficacia general. Por ello, la obligación de respetar los convenios colectivos locales excedería de lo necesario para la protección de los trabajadores desplazados, siendo, más que una medida de protección, una medida que desalentaría su contratación.

De ahí, que el tribunal alemán se pregunte si “constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios, el hecho que una disposición legislativa ordene a la entidad adjudicadora adjudicar los contratos públicos de obras únicamente a empresas que al licitar se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de las prestaciones correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de dichas prestaciones.

La cuestión prejudicial por tanto, se plantea delante del TJUE no tanto en torno al alcance de la directiva 96/71/CE, sino sobre si la normativa nacional era un límite ilegítimo a la libre prestación de servicios, en relación a la frontera apuntada por el

78 El equivalente en derecho español a la Audiencia Provincial.

tribunal entre objetivos “sociales” para la garantía de la protección de los trabajadores desplazados, y los objetivos “económicos” de protección de las empresas nacionales frente a las empresas de fuera, para evitar la ventaja competitiva de costes laborales más bajos.

El TJUE, de la misma forma que ha hecho en sentencias anteriores⁷⁹, entiende que su respuesta tiene que consistir en interpretar y aplicar la directiva 96/71/CE, y eso supone examinar si la imposición de un salario mínimo se refiere a un salario fijado según los requisitos del **art. 3** relativa a las condiciones de trabajo y empleo. Al final, la sentencia también hace una referencia adicional confirmatoria del **art. 56 TFUE** (ex. art.49 TCE).

La norma que traspone la directiva al ordenamiento jurídico alemán, la AentG, establece la aplicación de las disposiciones relativas a los salarios mínimos de los convenios colectivos de eficacia general en Alemania a los empresarios establecidos en otro Estado miembro pero que desplacen a sus trabajadores a este país.

Por otro lado, la sentencia deja claro la inaplicación al caso del principio de favor, establecido en el **art. 3.7 de la directiva 96/71/CE**, que permite a los trabajadores desplazados, mantener sus condiciones de origen más favorables. Ese precepto no permite al Estado de acogida condicionar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima previstas en la directiva. Este texto encomienda al Estado, dentro de unos límites estrictos, establecer un cierto grado de protección a favor de los trabajadores desplazados, sin que esos límites puedan ser sobrepasados, pues si no se privaría de eficacia a la directiva. El tribunal sigue las líneas directrices de la sentencia Laval, que hace una interpretación muy estricta de los márgenes que tiene el Estado de acogida para asegurar una protección mínima a los trabajadores desplazados a su territorio. Se evitan así las “protecciones reforzadas”

79 Sentencia 12 de octubre de 2004, Wolf & Müller, C-60/03, apt.27 y 29 de enero de 2008, Promusicae, C-276/06, apartado 42.

convirtiendo la norma comunitaria en un techo” y vaciando de contenido la posibilidad de mejorar las condiciones de trabajo de los desplazados.⁸⁰

Una vez el tribunal determina que existe una infracción a la directiva, decide también valorar de manera directa la pregunta planteada por el tribunal “a quo” en la cuestión prejudicial relativa al **art. 56 TFUE**. A este respecto afirma que “el objetivo de dicha directiva consiste en la consecución de la libre prestación de servicios, la cuál es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado” afirmación discutible, puesto que en su origen y en los propios considerandos del texto, se hace referencia también a la protección de los trabajadores, lo que la sentencia no parece tener en cuenta.

La norma controvertida, al obligar a abonar unos salarios superiores a los del país de establecimiento del contratista, impone una carga económica adicional no prevista en la directiva que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida, por lo que puede suponer una restricción a la operatividad del art. 56 TFUE. El tribunal establece que como en toda restricción se debe examinar si la medida persigue un interés general de tutela de los trabajadores desplazados y contribuye de manera significativa a ella, si no implica una duplicación de tutelas, y si es compatible con el Tratado por ser una medida proporcionada, no existiendo una medida menos lesiva de la libertad de prestación de servicios.⁸¹

Aplicando estos criterios, el tribunal considera que la medida no puede estar “justificada por la protección a los trabajadores” siguiendo de manera implícita la argumentación del tribunal “a quo”, que considera que la regla de la contratación administrativa tenía más que una finalidad social, una finalidad económica, que era la protección de las empresas contratistas alemanas. Para llegar a esa conclusión el tribunal hace de nuevo referencia

80 Vid. Guamán Hernández, A., (2008), “Desplazamiento temporal de trabajadores y convenios colectivos: el caso Rüffert”, *Aranzadi Social* (5).

81 Cfr. Giubboni, S. y Orlandini, G., “La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea”, Bolonia, 2007, pp.101 y ss.

al hecho que la normativa sólo se aplica a los contratos públicos y no a los trabajadores desplazados en el marco de contratos privados⁸².

2.1.1. El uso de las cláusulas de trabajo en la contratación pública.

Este razonamiento supone un grave desconocimiento de la problemática histórica que en el derecho del trabajo han tenido las cláusulas de trabajo en los contratos públicos, que están en el origen de las primeras normas laborales que reconocieron eficacia indirecta a los convenios colectivos. Ese carácter “social” y no económico de la medida, se comprueba con la lectura del Convenio nº 94 de la OIT sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas, 1949).⁸³

La idea es que en la licitación propia de la contratación pública no se sacrifiquen los derechos de los trabajadores ni se usen los fondos públicos para explotarlos, de modo que el empleo en la contratación pública está protegido mediante la incorporación de las cláusulas a la contratación que garantizan a los trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables que las establecidas para trabajos de igual naturaleza en la industria del lugar. Estas cláusulas han inspirado numerosas normativas nacionales y también se ha visto plasmada en la propia normativa comunitaria sobre contratación pública.⁸⁴

82 Además, frente a la alegación del gobierno alemán, la sentencia niega que la medida pueda justificarse por el objetivo de garantizar la protección de las organizaciones autónomas de la vida profesional, mediante sindicatos, aunque este objetivo estaba implícito en la legislación laboral histórica sobre los contratos públicos.

83 Vid. Cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, CIT, 2008, donde la Comisión de expertos de la OIT ha defendido la compatibilidad de ese convenio con las directivas de la UE. Cfr. Rodríguez -Piñero M. y Bravo Ferrer, M. “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº4, 2008, p.1 y ss.

84 Vid. Considerando 32 a 34 Directiva 2004/18/CE, La CES en su declaración sobre la sentencia Rüffert afirma que la misma ignora la directiva de 2004 sobre contratos públicos que permite expresamente cláusulas sociales, no reconoce el derecho de los Estados miembros de utilizar los instrumentos de la contratación pública para evitar la concurrencia desleal sobre los salarios y

La sentencia Rüffert desconoce toda esa tradición laboral de la dimensión social de la contratación pública que toma como modelo de referencia la contratación privada. El tribunal no lo ha entendido y además lo interpreta en el sentido inverso.⁸⁵

La sentencia se enfrenta así directamente con la problemática de la competencia salarial y el dumping social.⁸⁶ En el ámbito laboral nos referimos al dumping social refiriéndonos a la exportación de mercancías con precios más bajos a causa de ser elaborados por trabajadores en condiciones de trabajo insatisfactorias. En el caso de la libertad de prestación de servicios ese dumping se centraría en la exportación de mano de obra “low cost”, amparándose en la libre prestación de servicios y haciendo competencia a los trabajadores locales con costes salariales más altos. El tribunal establece que obstaculizar esta posibilidad sería contrario al art. 56 TFUE porque impondría al prestador transnacional de servicios una carga económica adicional que aunque no obstaculizaría la ejecución de la prestación, si que la haría menos interesante. El tribunal parece legitimar de manera clara y descarnada el uso del “low cost” salarial como mecanismo de competencia entre contratistas nacionales y de otros Estados de la UE y en consecuencia también entre los trabajadores de unos y otros⁸⁷.

condiciones de trabajo por parte de los prestatarios de servicios transfronterizos ni el derecho de los sindicatos de reclamar salarios y condiciones laborales iguales así como el respeto de las normas colectivas aplicables al lugar de trabajo para los trabajadores migrantes, sea cuál sea su nacionalidad, más allá de las normas mínimas de la directiva.

85 Vid. Rodríguez-Piñero, M. y Bravo Ferrer, “El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?”, *Relaciones laborales*, nº15, 2008, p. 213-243

86 Según Guamán Hernández, A., el TJUE ha convertido la directiva 96/71/CE en el instrumento para gestionar la diversidad y evitar el dumping social. En una suerte de máximo común, con el posible efecto colateral de que si no son exigibles las mejoras salariales, en convenios colectivos sin eficacia general, para los trabajadores de las empresas extranjeras, difícilmente pueden aplicarse a los nacionales, (Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos: el caso Rüffert” cit. p. 19 y ss.

87 Vid. Rodríguez-Piñero, M. y Bravo Ferrer, “El caso Rüffert...”, loc. cit., p. 213-243.

Por todo ello, el tribunal concluye afirmando que la directiva 96/71/CE interpretada a la luz del art. 56 TFUE se opone a una medida legal adoptada por un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras, únicamente a las empresas que en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como mínimo la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución.

2.1.2. Especial referencia a la directiva Bolkenstein.

La sentencia confirma las reservas que ya originó en su momento la aprobación de la llamada directiva Bolkestein⁸⁸ pues en ella se establecía el ejercicio de la libertad de prestación de servicios en el mercado interior como una vía adecuada para favorecer una competencia transnacional entre empresas basada en los costes salariales. Un tema especialmente delicado durante el debate del proceso legislativo fue el establecimiento del principio de país de origen que suponía que el prestatario del servicio estaba sometido únicamente a la legislación del país de origen, especialmente en lo que afecta al régimen laboral.⁸⁹

La Directiva definitivamente aprobada ha tratado de inaplicar esta regla al desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios exceptuándola del campo de aplicación del precepto⁹⁰ estableciendo que la directiva no afecta al derecho del trabajo ni a las relaciones entre empleadores y trabajadores, de acuerdo con la legislación nacional conforme a derecho comunitario, ni afecta a la legislación nacional en materia de seguridad social de los Estados miembros. El texto

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

89 Cfr. Cuadra-Salcedo Janini, T., “Quo vadis, Bolkenstein? ¿Armonización o simple desregulación de la prestación de servicios?”, REDEuropeo, 22, p. 239.

90 Art. 1.6

también prevé⁹¹ que en caso de conflicto entre esta directiva y la 96/71/CE primen las disposiciones de la primera, y se aplicarán a ese sector concreto del desplazamiento de trabajadores.

Esta regulación de la directiva 2006/123CE⁹² muestra una especial preocupación porque el fortalecimiento de la prestación de servicios y la eliminación de obstáculos al ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, objetivo principal de la directiva no se aplique en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados ni de sus condiciones laborales, tal como se establece en sus considerandos⁹³, incluida la referencia a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Niza, incluidos los de negociación colectiva, huelga y libertad sindical.⁹⁴

De todas maneras, cuando por primera vez el tribunal hace referencia a las dos directivas de manera conjunta, su interpretación toma un cariz totalmente distinto, negando todo valor interpretativo al iter de la directiva 2006/123/CE y a sus consideraciones “de carácter social”⁹⁵, aplicando de manera mecánica la norma de conflicto establecida en su art. 3, y demostrando de manera evidente que la victoria sindical que supuso la reforma del texto originario de la llamada directiva Bolkestein no ha tenido consecuencias efectivas prácticas.⁹⁶

91 Art. 3

92 Vid. DO L 376 de 27.12.2006, p.36-68

93 Considerandos 13 a 15

94 Vid. Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer, “El Caso Ruffert...”, loc cit., p.213-243.

95 El “Estado miembro no puede basarse en el procedimiento legislativo que culminó con la adopción de la directiva 2006/123/CE para fundamentar la interpretación que propugna de una disposición de la directiva 96/71”.

96 Cfr. Llovera Vila, M., “La liberalización de los servicios en el mercado interior, Directiva Bolkestein, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”, *Revista Derecho Social*, nº 36, 2006, p. 59-90.

2.2.- Caso Comisión contra Luxemburgo.

La sentencia Comisión contra Luxemburgo de 19 de junio de 2008⁹⁷ en la que el TJCE conoce de una demanda por incumplimiento del **art. 3 apartados 1 y 10**, de la directiva 96/71/CE en la norma interna que la traspone al ordenamiento jurídico luxemburgués, parece promover la competencia salarial “low cost” y dar un paso más hacia la mercantilización de la mano de obra desplazada.

En el caso que tratamos la sentencia debía resolver si era de acuerdo a derecho la transposición⁹⁸ hecha por el Estado de Luxemburgo de la directiva 96/71/CE, ya que había declarado un conjunto muy amplio de materias como disposiciones de orden público aplicables a todos los trabajadores que desarrollaran una actividad en su territorio, incluidos aquellos objeto de desplazamiento.

Concretamente, la **ley luxemburguesa establece en su art. 1** que constituyen disposiciones de orden público nacional, en lo que atañe en particular a las disposiciones de carácter convencional y contractual, con arreglo a lo establecido en la ley de 27 de marzo de 1986 sobre aprobación del convenio de Roma⁹⁹ y como tales son aplicables a todos los trabajadores que desarrollen una actividad en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, incluidos los que son objeto de un desplazamiento temporal, cualquiera que sea su duración o naturaleza, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como las que se deriven de convenios colectivos

97 C-319/06

98 Ley de 20 de diciembre de 2002.

99 Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que ha sido sustituido por el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el cual no entró en vigor hasta el 17 de diciembre de 2009.

declarados de obligación general o de un laudo arbitral con un ámbito de aplicación similar al de los convenios colectivos de obligación general, relativos a :

1. el contrato de trabajo escrito o al documento elaborado en virtud de la directiva 91/533/CEE del Consejo de 14 de octubre de 1991 relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral;
2. al salario social mínimo y a la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de la vida;
3. a la duración del trabajo y al descanso semanal;
4. a las vacaciones retribuidas;
5. a las vacaciones colectivas;
6. a los días festivos fijados legalmente;
7. a la regulación del trabajo temporal y la cesión de trabajadores;
8. a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado;
9. a las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de los niños y de los jóvenes, de las mujeres embarazadas y de las mujeres que han dado a luz recientemente;
10. a la no discriminación;
11. a los convenios colectivos de trabajo;
12. a la inactividad obligatoria derivada de los preceptos relativos al paro obligado por cuestiones meteorológicas o técnicas;
13. al trabajo clandestino o ilegal, incluidas las disposiciones sobre el permiso de trabajo para trabajadores que no tengan nacionalidad de un estado miembro del EEE;

14. a la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo en general, y, en particular a las normas sobre prevención de accidentes.

El gobierno de Luxemburgo alegó frente al requerimiento inicial de la Comisión y en la demanda posterior haber hecho uso legítimo de la facultad reconocida en el **art. 3 apartado 1º de dicha directiva**, en la se declara como normas imperativas de derecho interno todas las disposiciones relativas a las materias enumeradas en el **art. 1 apartado 1 de la ley de 20 de diciembre de 2002**.

Este apartado de la directiva permite a los Estados miembros ampliar el catálogo de regulación a otras condiciones de trabajo y empleo cuando esas condiciones adicionales constituyan disposiciones de orden público. Sin embargo, ese endurecimiento nacional de las normas laborales internas, no sólo para los trabajadores desplazados, tiene como límite respecto a estos últimos la finalidad de la directiva y las disposiciones del tratado, en especial la libre prestación de servicios, a cuya realización está también la directiva 96/71/CE.

Por ello, esa específica reserva de orden público ha sido considerada por el tribunal como una excepción de esa libertad fundamental, y en consecuencia la interpretación de la misma se hará de modo restrictivo y se exigirá que afecte a intereses esenciales del Estado miembro. Debemos añadir que se trata de un concepto comunitario, no nacional, en cuanto incide en el ámbito del ejercicio de las libertades de circulación, y que por ello debe ser interpretado por el TJUE y no unilateralmente por parte de los Estados miembros sin tener en cuenta los límites establecidos por el Tratado.

2.2.1. El concepto de orden público.

El concepto comunitario de orden público tiene distintos alcances dependiendo de la materia y de las normas afectadas.

En el caso del orden público del art. 3.10 de la directiva 96/71/CE, opera como clausula habilitadora que permite a los Estados miembros ampliar por razones de orden público

la lista del núcleo duro garantizado por la directiva de normas de protección mínimas aplicables a los trabajadores desplazados.

El tribunal ha contestado a las alegaciones de la Comisión diciendo que la legislación luxemburguesa había adaptado de manera incorrecta a su ordenamiento interno al art. 3 apartados 1 y 10 de la directiva 96/71/CE, calificando indebidamente las disposiciones nacionales relativas a los ámbitos a los que se refieren de orden público nacional que deben cumplir las empresas que desplazan trabajadores a su territorio, centrándose en algunas de las materias calificadas de orden público en la ley luxemburguesa.¹⁰⁰

La calificación de orden público, tal como el tribunal ya afirmó en el caso *Arblade*¹⁰¹ “se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentra en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”. Dado que la reserva de orden público es una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, debe ser interpretada de forma restrictiva y su alcance no puede determinarse unilateral ni discrecionalmente.

Deben existir razones para que un Estado declare unas materias laborales como de orden público, pero de un orden público no referido a la organización política o de materia de policía y seguridad ciudadana, sino que ha de operar como salvaguarda del orden socio económico en relación con la tutela del trabajo y la ciudadanía social.

100 Las previstas en los puntos 1, 2, 8 y 11 del art.1. 1 de la ley de 20 de diciembre de 22002 relativos a desplazar únicamente al personal vinculado a la empresa por un contrato de trabajo escrito o por algún otro documento que se considere análogo, a la adaptación automática de la retribución a la variación del coste de la vida, a la protección del trabajo a tiempo parcial y de duración determinada temporal y la “obligación de atenerse a los convenios colectivos de trabajo”.

101 C-369/96 y C-376/96, de 23 de noviembre de 1999. Vid. Sobre la misma Pellisé, S. “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, p.922-925.

Por todo ello, resulta inoportuno que la sentencia se refiera a una noción de orden público, elaborada en torno a límites estatales de la libre circulación de personas de la Unión que ha operado ante todo en función de objetivos de policía y seguridad pública. No es aceptable equiparar, como quiere hacer el tribunal, la reserva de orden público “policial” para la libre circulación de personas, al orden público de la directiva 96/71/CE que es un orden público social, noción ampliamente tratada por la doctrina laboralista francesa.¹⁰²

Partiendo de estas consideraciones no parece extraño que el tribunal haya acabado dando la razón a la Comisión respecto a la indebida calificación como disposiciones de orden público de los apartados cuestionados del **art.1.1 de la ley luxemburguesa**, todos ellos relativos a materias no mencionadas en el **art. 3.1.1 de la Directiva 96/71/CE**.

2.2.2. Interdicción de la doble sujeción.

La sentencia sin embargo, trata los sub apartados cuestionados en relación a la interdicción de la doble sujeción más que a la noción estricta de orden público, estableciendo que al tratarse de materias objeto de regulación comunitaria sobre las que corresponde legislar al Estado de origen, y sobre las que ya debe existir una regulación que forma parte de la ley de origen aplicable al contrato de trabajo del trabajador desplazado.

Es eso exactamente lo que ocurre con el enunciado relativo al contrato escrito o documento elaborado en virtud de la directiva 91/533/CE¹⁰³, y también contenido en el **art. 1.1 apt. 1 de la ley de 20 de diciembre de 2002**. Según esa directiva establece, se debe adoptar la legislación del Estado miembro en el que están establecidos los

102 Vid. Rade, C., “L'ordre public social et la renonciation du salarié”, Droit Social, nº 11, 2202, p.931-938.

103 Directiva 91/533/CE del Consejo de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral.

empresarios que desplazan trabajadores, sin embargo, el tribunal entiende que ese punto 1 somete a las empresas que desplazan trabajadores a Luxemburgo a una obligación a la que ya están sujetas en el Estado miembro de establecimiento, lo que resulta superfluo si tenemos en cuenta la jurisprudencia anterior y reiterada de este órgano judicial en relación a la facultad del Estado de acogida “que está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que está establecido.”¹⁰⁴

Un razonamiento similar se hace respecto a la prescripción relativa a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado (**art 1.1.8 Ley de 20 de diciembre de 2002**). El gobierno luxemburgués se defendió alegando las directivas 97/81/CE¹⁰⁵ y 1999/70/CE¹⁰⁶. Sin embargo, el tribunal respondió estableciendo, una vez más, que corresponde al Estado donde está establecido el empresario, adoptar las medidas legales reglamentarias y administrativas correspondientes, por lo que Luxemburgo, el Estado de acogida en este caso, no podía alegar la excepción de orden público para justificar la prescripción nacional objeto de controversia.

Es sorprendente que de nuevo el tribunal utilice la noción de competencia (exclusiva y excluyente), para negar la reserva de orden público que posibilitaría que un Estado miembro asegurara el cumplimiento efectivo de las directivas comunitarias en su territorio, obligación de la que responde más allá de la mera trasposición formal frente a las autoridades europeas.

104 Cfr. Las citadas sentencias, Arblade apartado 34 y Finalarte apartado 31.

105 Vid. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

106 Vid. Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco firmado por la CES, la UNICE, y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Vemos como el mismo tribunal, que a través de la defensa de la libertad de circulación de trabajadores “desmercantilizó” una mera libertad económica y defendió un estatus de ciudadanía social para el migrante comunitario, en esta nueva fase trate de mercantilizar a los trabajadores desplazados, creando, con la excepción del núcleo duro de la directiva 96/71/CE, barreras de inmunidad a favor de los empresarios que ejercitan su libertad de prestación de servicios, a modo de “paraísos laborales” desplazables con trabajadores carentes de derechos de ciudadanía social en el país en el que trabajan, derechos reconocidos incluso a los trabajadores extranjeros extracomunitarios¹⁰⁷.

III.- LA PERSPECTIVA DE LA CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS.

1. La Confederación Europea de Sindicatos: un instrumento de acción sindical a nivel europeo.

La Confederación Europea de Sindicatos (CES), fue fundada en el año 1973, y representa a 85 organizaciones sindicales de 36 países europeos, así como 10 federaciones sectoriales.

El objetivo principal de la CES es la defensa de los derechos de los trabajadores europeos y la promoción del modelo social europeo.

Este modelo social europeo se caracteriza por la combinación de un crecimiento económico sostenible acompañados de niveles de vida y de trabajo en permanente mejora, lo cual supone pleno empleo, protección social, igualdad de oportunidades, empleos de calidad, inclusión social y procesos de toma de decisiones que tengan en cuenta a los ciudadanos.

107 Vid. Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer (2008), “El Caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (2), p. 242.

Esta organización entiende que las consultas a los trabajadores, la negociación colectiva, el diálogo social, y unas condiciones de trabajo de calidad, son la clave de la promoción de la innovación, la productividad, la competitividad y el crecimiento en Europa.

El trabajo de la CES, que es un verdadero actor sindical europeo, se articula entorno a tres grandes ejes:

- Influir en el proceso decisional de la Unión Europea:

La CES lucha por una UE que tenga una dimensión social fuerte en un entorno macro económico equilibrado. Con este objetivo participa en la elaboración de las políticas económicas y sociales al más alto nivel, en colaboración con el resto de órganos de la UE: Presidencia, Consejo, Comisión y Parlamento.

Eso implica entre otras cosas participar en la cumbre social tripartita que se celebra anualmente en primavera, con el objetivo de analizar los avances realizados en la implementación de la Agenda de Lisboa. También supone coordinar la participación de los sindicatos en instancias consultivas como el Comité Económico y Social Europeo (CESE), así como en el seno de otras agencias europeas de formación profesional, las condiciones de vida y de trabajo y la salud y la seguridad. Finalmente también tienen derecho a ser consultados, junto con el resto de agentes sociales europeos, sobre las decisiones relativas al empleo, las políticas sociales y las macro económicas.

Por último comentar que la CES ha jugado un rol primordial en la aprobación de las directivas sobre comités de empresa europeos (1994)¹⁰⁸ y la directiva sobre información y consultas (2002)¹⁰⁹.

108 Vid. Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

- Promover el diálogo social europeo:

La CES negocia directamente con los empleadores en el marco del diálogo social europeo. Eso supone un diálogo social sectorial en 35 sectores industriales diferentes, coordinados por las federaciones sindicales europeas. En el momento en que la UE reconoció oficialmente a los agentes sociales la capacidad de negociar acuerdos marco a nivel europeo, la CES, junto con su homólogo de la patronal europea Uniglobal, firmó tres acuerdos marco sectoriales a nivel europeo en los ámbitos del permiso parental, (1996), del trabajo a tiempo parcial (1997), y de los contratos de duración determinada (1999). Estos acuerdos fueron adoptados por el Consejo de Ministros y posteriormente elevados a la categoría de directivas. Además, estos actores también han firmado acuerdos europeos en el marco del diálogo social “autónomo”, como por ejemplo el que se ocupa de establecer el marco de acciones necesarias para desarrollar un catálogo de competencias y de calificaciones de aprendizaje a aprender a lo largo de la vida (2002).

- Acción sindical propiamente dicha.

Para defender sus reivindicaciones la CES puede convocar a sus afiliados a la movilización. Las campañas más relevantes de los últimos años han sido la de la inclusión de nuevas disposiciones sobre el empleo en el Tratado UE, la de promoción del voto a las elecciones al Parlamento Europeo, y la de apoyo a la Carta Europea de Derechos Humanos, y el Tratado constitucional.

109 Vid. Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la UE.

2. Posibles respuestas a estas cuatro sentencias desde un punto de vista sindical.

Las cuatro sentencias y el reciente conflicto que tuvo lugar en la refinería petrolera Lindsey¹¹⁰ en Reino Unido a finales de enero 2009, son la prueba de que la movilidad de los trabajadores es un tema clave para el futuro de la construcción europea.

En este contexto, la directiva 96/71/CE debe ser la que arbitre que esos movimientos de trabajadores que se llevan a cabo en el marco de una prestación transnacional de servicios se hagan respetando las normas de competencia, defendiendo los derechos de los trabajadores, así como el derecho del trabajo y las relaciones industriales de la UE.

Ante todo, la CES demanda que se reconozca que estos casos tienen incidencia no sólo en los países afectados, Suecia y Dinamarca, sino que también tiene implicaciones para el resto de países europeos. La organización se plantea esta cuestión como un reto ya que el verdadero trasfondo del asunto es la defensa de los derechos de los trabajadores frente a la mundialización.

2.1. Una cláusula de progreso social.

La organización se plantea la posibilidad de demandar la inclusión de un protocolo adicional o una declaración solemne, que tuviera como premisa la interpretación de los Tratados, incluyendo las disposiciones relativas a la libre circulación, respetando los derechos fundamentales y reconociendo explícitamente que el derecho fundamental a la negociación y a la acción colectiva no puede ser definida como una norma de mínimos,

110 A finales de enero de 2009, TOTAL la propietaria de la refinería Lindsey, contrató a la empresa italiana IREM para que construyera una unidad de desulfuración. IREM desplazó a 400 trabajadores italianos y portugueses que no estaban sindicados en el Reino Unido, y que cobraban sueldos inferiores. Eso desencadenó una serie de huelgas y movilizaciones para demandar igual sueldo por igual trabajo.

y que estos instrumentos permiten a las organizaciones sindicales luchar por la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores¹¹¹.

Esta “clausula de progreso social” podría emitirse paralelamente al Tratado de Reforma de la UE y a su clausula social horizontal del nuevo art. 5.a. (Existe un precedente para este proceso. Se trata del capítulo sobre el empleo que no se añadió al Tratado de Amsterdam¹¹² hasta un tiempo después. Otros precedentes conocidos son la clausula Monti en relación al Reglamento Monti de libre circulación de bienes¹¹³ y una clausula similar en la Directiva de servicios¹¹⁴).

En el caso de que la clausula de progreso social sea considerada la mejor opción para evitar el llamado dumping social será necesario acotar muy bien el alcance jurídico de la misma, para asegurarse que cumple con su cometido de interpretación clara del tratado. Lo mejor sería que esta clausula fuera incluida en el derecho primario, por ejemplo a través de un protocolo a los nuevos Tratados¹¹⁵.

111 Un protocolo similar se adoptó durante las negociaciones del Tratado de Maastricht para limitar el campo de aplicación del caso Barber del TJUE relativo a las pensiones complementarias y a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

112 DOCE nº 340 de 10 de noviembre de 1997; BOE nº 109 de 7 de mayo de 1999. Entró en vigor en 1 de mayo de 1999.

113 El presente Reglamento no puede ser interpretado de manera que limite el ejercicio de los derechos fundamentales, incluidos el derecho o la libertad de hacer huelga. Estos derechos pueden igualmente comportar el derecho a ejercer otras acciones derivadas de los sistemas de relaciones laborales propias a cada Estado miembro.

114 La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal como estos son definidos por los Estados miembros y por el derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho de negociar, de concluir y aplicar convenios colectivos y de llevar a cabo acciones sindicales.

115 Vid. ETUC/EC179/CP/SP/em- 7/3/2008 en <http://www.etuc.org>

2.2. Modificación urgente de la directiva 97/71/CE.

El TJUE ha hecho una interpretación muy restrictiva de la directiva, limitando el alcance de las acciones destinadas a luchar contra el dumping social y en defensa de la igualdad de trato de todos los trabajadores sean locales o desplazados al Estado miembro de acogida.

La CES está analizando si es necesario plantear una revisión de esta Directiva y en relación a qué cuestiones. Concretamente se trataría de acotar el tiempo durante el cuál se entiende que el trabajador no forma parte del mercado de trabajo del país de acogida porque es un trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios regulada por la directiva 96/71/CE. La propuesta sería limitar el plazo a 3 meses después de los cuáles se entendería que es un trabajador que trabaja en otro estado miembro en el marco de la libre circulación de trabajadores. También se debería incluir la aplicación de manera obligatoria y no opcional, de los convenios colectivos a todos los trabajadores sean desplazados o no.

Así mismo, incluir de manera clara que los convenios colectivos de los Estados miembros de acogida pueden incluir normas de protección más elevadas que las mínimas. También clarificar que las sanciones legislativas y la actividad de los agentes sociales, como por ejemplo la acción colectiva, pueden ser utilizados para hacer aplicar esas normas y finalmente asegurarse un amplio campo de aplicación a aquellas disposiciones que podrían ser consideradas como “disposiciones de orden público” que los Estados pueden aplicar más allá del núcleo duro constituido por las normas mínimas de la directiva sobre el desplazamiento de trabajadores.

2.3. Coordinación de la negociación colectiva en su dimensión transnacional.¹¹⁶

EL TJUE no aceptó en el caso Laval, en Suecia, la aplicación de la Lex Britannia. Esta ley establece que los convenios colectivos aplicables a un empleador deben ser reconocidos, salvo si se tratará de un empleador extranjero porque eso podría ser considerado discriminatorio. El objetivo de esta ley es claro. Se trata de crear un clima de competencia sana que no será considerado como una razón imperiosa de interés general que justifique tamaña discriminación.

A pesar de que la CES esperaba una resolución especialmente estricta a este respecto, lo establecido hace todavía más urgente elaborar una estrategia común y coordinada entre sus miembros para evitar los conflictos entre convenios colectivos en situaciones transfronterizas, así como los abusos que puedan resultar.

La CES propone elaborar en los próximos tiempos las líneas estratégicas sobre los efectos territoriales de los convenios colectivos. Los puntos más relevantes a tener en cuenta serían:

- Prudencia cuando se establezca en los convenios colectivos un campo de aplicación más amplio que el de un país.
- En el caso de que así se haga, se deberá hacer en provecho de los trabajadores, por ejemplo, ofreciéndoles el reembolso de los gastos de viaje entre el Estado miembro de origen y el de acogida, una contraprestación económica que compense la diferencia del coste de vida entre el Estado miembro de acogida y el de origen...lo que permitiría establecer que esas disposiciones sólo serían aplicables en aquellos casos en los que haya desplazamiento al extranjero en el marco de una prestación de servicios de los trabajadores contratados por esa misma sociedad, pero en el país de origen.

116 Vid. ETUC/EC179/CP/SP/em- 7/3/2008, p. 21.

- Los convenios colectivos deberían incluir una “clausula más favorable” (similar a la del art. 6 del Convenio de Roma) que estipulará que los convenios colectivos no pueden ser interpretados de manera que se privé a los trabajadores de las reglas estatutarias o convencionales en el Estado miembro de acogida que le sean más favorables.
- Los convenios colectivos no deberían incorporar disposiciones que impidan que el trabajador desplazado sea representado en el país de acogida, por una organización sindical de ese país.

También debería intensificarse y mejorarse la coordinación transfronteriza (contactos bilaterales¹¹⁷ y multilaterales, etc.).

Finalmente añadir que otro punto importante a desarrollar en el seno de la CES y de sus afiliados es la organización, por los sindicatos en los Estados miembros de acogida, de los trabajadores desplazados, lo cual supondría la eliminación de cualquier obstáculo que impida la afiliación en el país de acogida y/o la introducción de la doble afiliación.

117 Los acuerdos bilaterales relativos a la manera de gestionar los convenios colectivos de unos y otros pueden ser útiles. Vemos por ejemplo, como las organizaciones sindicales de Holanda y Bélgica han firmado un acuerdo en el sector de la construcción que determina qué disposiciones de sus convenios colectivos son más favorables a sus trabajadores transfronterizos.

CONCLUSIONES:

A la hora de elaborar las conclusiones del trabajo creo que la primera apreciación que podemos hacer es que la Unión Europea no puede permitirse una situación, como es el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, en la que los actores que participan (empresas, trabajadores, organizaciones sindicales y Estados miembros) no se encuentren en igualdad de condiciones, lo cual implica que no se puede asegurar el correcto funcionamiento del mercado único. Es decir, no podemos dar preponderancia a las empresas frente a al resto de entes participantes porque entonces no se respetarían las reglas de la libre competencia.

La práctica nos demuestra que la evolución e integración del mercado de bienes y servicios no ha ido parejo al de trabajo y ello implica una situación asimétrica, en la que la consecución del mercado interior del trabajo no se ha podido llevar a cabo pues implica la coexistencia de sistemas jurídicos y leyes distintas. Eso genera que las empresas empiecen a implementar una estrategia de expansión industrial basada en la utilización de los distintos estándares laborales nacionales como factor de competencia, generando el fenómeno del llamado dumping social.

El TJUE, como garante máximo de los Tratados debe establecer unos límites claros que permitan el ejercicio equilibrado de los derechos por parte de todos los actores parte, sin permitir ventajas injustificadas de unos sobre otros. Eso se ve reforzado por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, que es una muestra del profundo compromiso de la UE en el respeto a los derechos fundamentales. Y a ello se añade, el hecho que la Carta de Derechos Fundamentales es jurídicamente vinculante y que la Unión Europea negocia actualmente su adhesión a la Convención Europea de Derechos Humanos en un futuro próximo.

No podemos dejar de mencionar para reforzar esta idea, que como ha dicho el Secretario General de la CES en una de sus intervenciones, “Europa no es sólo un proyecto económico, sino que tiene por principal objetivo la mejora de las condiciones

de vida y de trabajo de su población y que el concepto de progreso social reviste una importancia fundamental”. Se trata de unas declaraciones que no hacen sino plasmar el espíritu de los Tratados y de gran parte de su cuerpo legislativo. No olvidemos, que esa es la “marca social” es la que nos diferencia respecto al resto del mundo.

Es por todo ello por lo que las sentencias del TJUE han despertado tanta inquietud.

Además, estas decisiones son tan relevantes y han generado tanta controversia porque son de obligado cumplimiento y se aplican en todos los Estados miembros de la UE, sin excepción. A ello hay que añadir que se calcula que en la UE-27 hay un millón de trabajadores que se encuentran bajo el estatuto de trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, y por tanto, lejos de pensar que se trata de algo anecdótico debemos darle la importancia que se merece. Finalmente decir que la interpretación que ha hecho el Tribunal de determinadas normas legislativas es contraria a algunas normas internacionales que los Estados miembros también deben respetar.

En este marco general, nuestro trabajo lejos de querer determinar si las críticas recibidas por las cuatro sentencias de las que hemos hablado anteriormente y la interpretación que hizo el tribunal son adecuadas o no, quiere demostrar que los fundamentos jurídicos de las mismas son débiles y que por ello sería conveniente que el Tribunal cambiara la línea jurisprudencial en este ámbito. Así mismo, se demostraría que no es necesario que organizaciones que defienden los intereses de los trabajadores, el derecho del trabajo, y el Estado de bienestar como modelo de Europa, como la CES, tengan que buscar herramientas como la cláusula social o una urgente revisión de la directiva puesto que un viraje adecuado en la interpretación del Tribunal sería suficiente para solventar los posibles equívocos que han surgido en relación al desplazamiento de trabajadores en el marco de una libre prestación de servicios a partir de 2007.

La interpretación que el TJUE hace del derecho a la negociación colectiva y a las acciones colectivas, y concretamente al derecho de huelga, en las sentencias Laval y Viking es totalmente contrario a lo que se plasma en una multitud de fuentes internacionales como son las **Convenciones nº 87 y nº 98 de la OIT**, el **art. 11 de la**

Convención Europea de los Derechos del Hombre, los arts. 5 y 6 de la Carta Social Europea (revisada), y también el **art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE**. Como ejemplo vemos las recientes sentencias del tribunal europeo de derechos humanos (**Casos Demir y Baykara de 12 de noviembre de 2008, y Enerji de 21 de abril de 2009**) que ha valorado de manera unánime que el derecho de huelga es un derecho fundamental reconocido y protegido por el derecho internacional y que en consecuencia sólo se podrá limitar en circunstancias previamente determinadas. A ello hay que añadir la valoración en este mismo sentido que hizo la Comisión de expertos de la OIT que en 2010 y a petición de BALPA, valoró de manera negativa, los límites concretos al ejercicio efectivo del derecho de huelga fijados en las sentencias Viking y Laval de 2007.

En relación a las exigencias de naturaleza social que podrían ser exigidas en el marco de la contratación pública, el tribunal debería tener en cuenta no solamente el contenido de la directiva 96/71/CE, como lo hizo en la sentencia emitida en el marco del caso Rüffert sino también toda la normativa de la Unión sobre contratación pública, y especialmente la **directiva 2004/18/CE**, ya que esta autoriza a los adjudicatarios bajo determinadas condiciones, a exigir a los candidatos que se comprometan a cumplir una serie de normas mínimas de protección social.

En tercer lugar, y en relación a las materias del **art. 3.1 de la directiva 96/71/CE** se identifican las leyes de policía del trabajo que son objeto de armonización. Por otro lado, el **art. 3.10** permite a los Estados miembros determinar leyes de policía distintas que las que conforman el apartado 1 de ese mismo artículo, dándoles un margen de autonomía que les permitirá determinar que leyes son de policía y cuáles son de orden público. A diferencia de lo que dice el tribunal, nosotros entendemos que una ley nacional puede ser etiquetada como ley de policía siempre que se encuentre fuera del núcleo duro del art.3.1 y las instituciones europeas no tendrán nada que decir al respecto. En cambio, el derecho de la Unión, especialmente en lo relativo al mercado interior, establecerá los límites a la aplicabilidad de esas leyes de policía nacionales y

entonces el órgano judicial si que podrá definir los márgenes de esos límites en lo relativo a la aplicación de las mismas en una situación de transnacionalidad.

Por todo ello entendemos que es necesario que el TJUE reconsidere la orientación de su jurisprudencia en estas materias.

Referencias bibliográficas:

Literatura:

Alles, E. y Novitz, T. (2010), “Collective Actions and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the balance”, *Insermentia*.

Belavusau, U. (2008), “The Case of Laval in the context of the post enlargement EC law development”, *German Law Journal* 9 (12): 2279-2307

Caruso, B. (2008), “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos Viking yLaval.”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica* (2): 159-186.

Chaumette, P. (2008), “Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises, CJCE 11 décembre 2007, ITF et CJCE 18 décembre 2007”, *Droit Social* (2): 210-220.

Engle, E. (2010), “A Viking We will go! Neo-corporatism and social Europe”, *German law Journal*, nº 6, Vol.11, p. 633-652.

Fallon, M., “Le détachement européen des travailleurs, á la croisée de deux logiques conflictualistes”, *Rev. Crit. DIP*, oct-déc. 2008.

Gardeñes Santiago, M., “Normas materiales imperativas o leyes de policia en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intra comunitario de relaciones laborales”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos(1)*, 2005, Almedina: 381-413.

Gardeñes Santiago, M., “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché interieur”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier-Liber Amicorum*, Paris, L.G.D.J., 2012.

Giubboni, S. y Orlandini, G., “La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea”, Bolonia, 2007, pp. 101 y ss.

Guamán Hernández, A. (2007), “Los límites de la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores. Comentario a la sentencia de 18 de diciembre de 2007. Laval C-341/05 (TJCE 2007/390)”, *Aranzadi Social* (5): 1362-1372.

Guamán Hernández, A. (2008), “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (2): 187-211

Guamán Hernández, A. (2008), “Desplazamiento temporal de trabajadores y convenios colectivos (Parte tercera): el caso Rüffert”, *Aranzadi Social* (5).

S. Laulom, F. Lefresne, “Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes: peut on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe”, *La revue de l'IREs, n°63, spécial, Flexisécurité, sécurisation des parcours professionnels et protection sociale*, 2009/4, p. 127.

Laulom, S. (2010), “Les arrêts Viking et Laval, et après?”, *Droit Ouvrier* (748): 570-575.

Lyon Caen, A., (2009), “Derecho del mercado comunitario versus la Europa Social”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, (2) :1243-1251.

Llovera Vila, M. (2006), “La liberalización de los servicios en el mercado interior, Directiva Bolkestein, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”, *Revista Derecho Social* (36), p. 59-90.

Nyström, B. (2010), “Final decision in the Laval Case”, *European Labour Law Journal*.

Palao Moreno, G. (1997), “Directiva 93/71 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”, *REDI, XLIX* (I), p. 370 y s.

Pellisé, S. (2000), “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Jurídica de Catalunya*, p.922-925.

Reich, N. (2007), “Widening versus deepening the European Union: free movement versus social rights in the Laval Case before the ECJ”, coord. por Steven Blockmans and Sacha Prechal (eds), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, TMC Aser Instituut, pp: 29-57

Rodríguez Piñero, M., y Bravo Ferrer, (2008), “El Caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (2): 213-243.

Rodríguez-Piñero M. y Bravo Ferrer, M. (2008), “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales* (4): 1 y ss.

Sciarra, S. (2008), “Viking y Laval: huelga, convenciones colectivas y leyes fundamentales en el mercado europeo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (2): 137-158.

Thomas, S. (2008), “Libre prestation des services, travailleurs détachés et droit de recourir à l'action collective (arrêt “Laval””, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, (1): 181-192.

Textos legislativos:

Directiva 91/533/CE, del Consejo de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral.

Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores afectado en el marco de una prestación de servicios.

Ley 45/1999 de 29 de noviembre de 1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios por la que se traspone al ordenamiento jurídico español la directiva 96/71/CE.

Reglamento (CE) nº44/2001 de 22 de diciembre de 2000, en materia civil y mercantil (Bruselas I).

Ley luxemburguesa de 20 de diciembre de 2002 por la que se traspone la directiva 96/71/CE a este país.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de la seguridad social.

Directiva 2006/123/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios del mercado interior.

Reglamento (CE) nº 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I).

Reglamento (CEE) nº492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

Sentencias:

Sentencia TJUE de 27 de marzo de 1990, Caso C-113/89, “*Rush Portuguesa*”

Sentencia TJUE de 9 de agosto de 1994, Caso 43/93, “*Vander Elst*”

Sentencia TJUE de 21 de septiembre de 1999, Caso C-67/96, “*Albany International BV*”

Sentencia TJCE de 29 de noviembre de 1999, caso C-369 y 376/96, “*Arblade et Leloup*”

Sentencia TJCE de 15 de marzo de 2001, Caso 165/98, “*Mazzoleni*”

Sentencias TJUE de 25 de octubre de 2001, Caso C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C- 54/98, C-68/98, C-69/98, “*Finalarte*”

Sentencia TJUE de 24 de enero de 2002, Caso C-164/99, “*Portugaia Construções Lda.*”

Sentencia TJUE de 12 de junio de 2003, Caso 112/00, “*Schmidberger*”

Sentencia TJUE de 12 de octubre de 2004, Caso C-60/03, “*Wolff & Müller*”

Sentencia TJUE de 14 de octubre de 2004, Caso C-32/02, “*Omega*”

Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2007, Caso 438/05, “*Viking Line*”

Sentencia TJUE de 18 de diciembre de 2007, Caso 341/05, “*Laval un Partneri Ltd.*”

Sentencia TJUE de 3 de abril de 2008, Caso C-346/06, “*Rüffert*”

Sentencia TJUE de 19 de junio de 2008, Caso, C-319/06, “*Comisión contra Luxemburgo*”

Sentencia CEDH de 27 de octubre de 1975, “*Syndicat national de la police belge c/ Belgique*”, serie A nº 19.

Sentencia CEDH de 12 de noviembre de 2008, “*Demir et Baykara c. Turquía*”, nº 34503/97.

Sentencia CEDH de 21 de abril de 2009, “*Enerji Yapi Yol Sen c. Turquía*”, nº68959/01.

Documentos de la Confederación Europea de Sindicatos:

Bercusson, B. (2007), “**The trade Union movement and the European Union: Judgement day**”, *ELJ*, p. 279 y s.

Distler, K. y Essers, G. (2011), “**Guide pour le travailleur mobile européen**”, *Confederación Europea de Sindicatos*.
http://www.etuc.org/IMG/pdf/Cover_Mobility_FR2012.pdf

Prise de position de la CES à propos de la mise en œuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, Mars 2006: <http://www.etuc.org/a/2223>

Réponse de la CES aux arrêts de la CEJ dans les affaires Viking et Laval. Résolution adoptée par le comité exécutif de la CES, Mars 2008: http://www.etuc.org/IMG/pdf/ETUC_Viking_Laval_-_expl_memorandum_7-3-08FR2.pdf

Intervention de John Monks, Secrétaire général de la CES, au Forum sur les droits des travailleurs et les libertés du marché”, le 9 octobre 2008, à Bruxelles: <http://www.etuc.org/a/5421>

Résolution de la CES sur la directive sur le détachement des travailleurs: propositions de révision, mars 2010: <http://www.etuc.org/a/7045>

Résolution de la CES sur - Réaliser des progrès sociaux au sein du marché unique: propositions concernant la protection des droits sociaux fondamentaux et le détachement des travailleurs, décembre 2011: <http://www.etuc.org/a/9504>

Position de la CES sur la directive relative à l'exécution de la directive concernant le détachement des travailleurs, juin 2012: <http://www.etuc.org/a/10038>

Otros documentos a tener en cuenta:

Résolution du 22 octobre 2008, du Parlement Européen, sur “Les défis pour les conventions collectives dans l'Union européenne”: <http://europarl.europa.eu>



Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici E1
08193 Bellaterra (Barcelona) Espanya
Tel. 93 581 20 16
Fax 93 581 30 63
web: www.iuee.eu
correu electrònic: iuee@uab.cat