

# **Estudio**

## **NEGOCIACION COLECTIVA EUROPEA Y TRABAJADORES DESPLAZADOS**

Comentarios a la Directiva 96/71/CE

**por Antonio Ojeda Avilés**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Sevilla

La Directiva 96/71/CE (LCEur 1997, 105), sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios<sup>(1)</sup>, rompe con la tónica que parecía consagrarse en los años noventa en cuanto al «reconocimiento» de la negociación colectiva como vehículo de primer orden para la regulación de condiciones de trabajo europeas, cuyos hitos más importantes habían sido las Directivas 94/45/CE (LCEur 1994, 3069), sobre comités de empresa europeos<sup>(2)</sup>, y 96/34/CE (LCEur 1996, 1756), sobre permiso parental<sup>(3)</sup>: si la referida a permiso parental respaldaba el acuerdo sobre el mismo tema de los actores sociales europeos y daba amplio espacio a la trasposición mediante acuerdos colectivos, y la de comités de empresa europeos culminaba con éxito una larga serie de intentos que arrancaban de la propuesta de Directiva Vredeling, la que nos ocupa vuelve, como sucedía hasta la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, a omitir en su art. 7 la posibilidad de trasposición mediante acuerdos colectivos nacionales, demuestra una ortodoxia sin trabas en su fundamentación jurídica, al acudir a los arts. 57 y 66 del Tratado de Roma (LCEur 1986, 8), y lo que parece más significativo, contempla por vez primera en las Directivas europeas, que sepamos, la posibilidad de negociación colectiva concesiva en su art. 3, núm. 4, en materia de salarios de los trabajadores desplazados por tiempo inferior a un mes.

Por otra parte, la Directiva pretende aplicar las condiciones de trabajo «principales» del país de acogida a los trabajadores desplazados, condiciones que en su inmensa mayoría se encuentran en acuerdos colectivos, pero es muy restrictiva en cuanto a qué tipo de acuerdos puedan aplicarse: sólo los de eficacia general en el sector de la construcción<sup>(4)</sup>. Sucede que en Europa los acuerdos no suelen tener inicialmente dicha eficacia general, con la excepción de España, y sólo en contadas ocasiones se decide por la Administración la extensión general de los pactos de eficacia limitada. Por ello, y aun considerando que los pactos extendidos entran también en la categoría de los que cuentan en orden a las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados, el número total de acuerdos «cualificados» es bastante reducido en la mayoría de los países de la Unión. El art. 3, núm. 8, de la Directiva prevé por ello la circunstancia de que no existan acuerdos de eficacia general en el sector de la construcción, y establece que, en tal caso, los Estados miembros *podrán, si así lo deciden*, basarse en los acuerdos que surtan efecto general en *todas* las empresas similares de dicho sector, o en los pactos suscritos por las organizaciones más representativas que sean ampliamente aplicables *en el conjunto del territorio nacional*. Suponemos que los Estados miembros donde no existan acuerdos «erga omnes» sí desearán aplicar esos otros tipos

(1) De 16 de diciembre de 1996, DOCE 21 de enero de 1997.

(2) De 22 de septiembre de 1994, DOCE 30 de septiembre de 1994.

(3) De 3 de junio de 1996, DOCE 19 de junio de 1996.

(4) La importancia de este sector en la concurrencia desleal entre empresas a través de trabajadores desplazados y «autónomos» (este último grupo suma más del 20 por 100 de la fuerza laboral de la construcción en los países miembros), y las negociaciones que desde hace tiempo vienen manteniéndose entre la patronal europea de la construcción FIEC y la federación europea de trabajadores de la construcción y la madera EFBWW, vienen resaltadas por BERCUSSON, *European Labour Law*, London, 1996, pgs. 499-500, donde indica que la confederación europea UNICE, por excepción a su postura habitual, apoya la negociación europea en este sector.

de instrumentos colectivos, y que los encontrarán en abundancia, pues los acuerdos nacionales de sector cubren en los países más afectados por el desplazamiento de trabajadores el 80 por 100 de la fuerza de trabajo<sup>(5)</sup>. El problema reside en que, por un lado, los países grandes tienen dificultades para negociar convenios nacionales<sup>(6)</sup>, y por otro, los convenios nacionales o muy amplios suelen regular aspectos relativamente poco precisos, quizá estructurales, mientras que la Directiva prevé la aplicación de las cláusulas sobre jornadas, horas extra, períodos de trabajo y descanso, etcétera.

No creo, en consecuencia, que la Directiva 96/71/CE llegue a servir de mucho en cuanto a igualar las condiciones de trabajo de los desplazados y los nacionales, ni tampoco a evitar el dumping social de las empresas que utilizan a los primeros para lograr contratos de obras y servicios en países de superiores estándares laborales<sup>(7)</sup>. Habrían sido más eficaces al menos tres vías alternativas a la utilizada, que exponemos brevemente.

a) Una reforma del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (LCEur 1980, 398), sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, concretamente en su art. 6, especificando que se entenderá que el trabajador mantiene lazos más estrechos con el país donde viene desplazado por su empresa para la realización de una actividad laboral temporal, salvo que las normas del país de origen sean más favorables. En efecto, el Convenio de Roma determina la aplicación a los contratos de trabajo internacionales de la ley nacional donde se realice *habitualmente* el trabajo, a menos que del conjunto de circunstancias resulte que el contrato tenga lazos más estrechos con otro país. De no aceptarse la reforma, una vía alternativa de similares efectos consistiría en añadir un Protocolo al Tratado de Roma en la próxima revisión con motivo de la Conferencia Intergubernamental que indicara como interpretación correcta de «lazos más estrechos» en el art. 6 del Convenio de Roma la acabada de indicar.

De todas formas, tanto la reforma como el Protocolo tendrían el inconveniente de su falta de matices. La Directiva 96/71/CE sólo quiere el trato igual de los desplazados para algunas condiciones de trabajo, las que denomina «núcleo duro» de disposiciones<sup>(8)</sup>, y además exceptúa de ese tratamiento a determinados trabajadores, en general aquéllos cuyo desplazamiento es inferior a un mes. Insertar tales excepciones en la reforma del art. 6 del Convenio no parece factible, ni tampoco en un Protocolo que pretende ser una interpretación auténtica de ese artículo, no una regulación complementaria.

b) El art. 3, punto 10, de la Directiva 96/71/CEE, deja a salvo que los Estados miembros impongan a todas las empresas operantes en su territorio, tanto nacionales como extranjeras, iguales estándares en las condiciones de

(5) Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania y Países Bajos: BLANPAIN, *Collective Determination of Working Conditions*, apud COMISION EUROPEA, *The regulation of working conditions in the Member States of the European Community*, Social Europe, suplemento 4/92, pg. 91.

(6) Por ejemplo, en Alemania se negocian de ordinario convenios de distrito o de región (económica): ZACHERT, *Lezioni di Diritto del lavoro tedesco*, Trento 1995, pg. 50.

(7) La competencia leal y el respeto a los derechos de los trabajadores son los dos objetivos que la mencionada Directiva se propone en su exposición de motivos, punto 5.

(8) Exposición de Motivos, punto 14.

trabajo no listadas en el «núcleo duro» mencionado, o fijadas en acuerdos colectivos o laudos arbitrales de sectores distintos a la construcción. Si descartamos la primera opción<sup>(9)</sup>, la segunda puede lograr mejores resultados que la vía principal que defiende la Directiva. Es cierto que el anexo contempla una amplia lista de actividades relacionadas con él, sector que precisamente sufre con mayor intensidad los abusos del desplazamiento<sup>(10)</sup>, pero aún quedan otros sectores donde se detecta este fenómeno, aunque secundariamente.

Número de trabajadores desplazados<sup>(11)</sup>

Construcción .....	82.329
Industria .....	45.474
Servicios .....	7.495
Otros .....	17.548

Como objeción a la posible medida de trato igual cabría plantearse la contradicción con el Convenio de Roma, pues las empresas afectadas podrían alegar la aplicación de su art. 6 y con ello la legislación del país donde trabajan habitualmente los desplazados<sup>(12)</sup>.

c) El art. 6 del Convenio de Roma adolece de una complejidad algo mayor de la expresada aquí hasta el momento, pues la regla de conflicto principal consiste en la decidida por la voluntad de las partes, siempre que no priven al trabajador de la protección dispensada por la legislación del país donde se trabaja habitualmente. Aquí es donde podría entrar la negociación colectiva europea, a través de las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores, que resolviera con mayor exactitud el principio de trato igual a los trabajadores desplazados. Un acuerdo colectivo entre CES, UNICE y CEEP –o al menos entre los interlocutores sociales de la construcción, EFBWW y

FIEC<sup>(13)</sup>– podría determinar las condiciones de trabajo a las que debería aplicarse el principio de territorialidad, la duración mínima de los desplazamientos afectados, los sectores comprendidos. Puesto que los países más refractarios a la negociación colectiva europea sufren también de los efectos nocivos de los desplazamientos<sup>(14)</sup>, probablemente existirían pocas resistencias a un acuerdo semejante, que defendería, en definitiva, a las empresas nacionales frente a la competencia desleal de empresas extranjeras. Al no tratarse de un acuerdo sobre mínimos laborales, sino sencillamente sobre la aplicación de las condiciones de trabajo del país de acogida, cualesquiera que fueran, a los trabajadores desplazados, no existirían problemas de determinación de mínimos.

Por las razones que hemos estado analizando, la Directiva 96/71/CE constituye, cinco años después del Tratado de Maastrich (RCL 1994, 81 y 1659 y LCEur 1992, 2465) y el Acuerdo de Política Social, una especie de «bucle» en el círculo que se iniciará allí con la potenciación de la negociación colectiva europea. El acuerdo de Política Social contemplaba la posibilidad de disposiciones comunitarias que reforzaran la trasposición de los acuerdos colectivos europeos<sup>(15)</sup>, y el de permisos parental obtuvo la primera de estas disposiciones con la Directiva 96/34/CE. Ahora nos encontramos con una Directiva 96/71/CE cuyo contenido y trasposición son tan problemáticos, que quizá necesite de un acuerdo europeo de refuerzo, en el sentido contrario a lo previsto en 1992. ¡Lo paradójico sería que, a su vez, dicho acuerdo necesitara de una Directiva de refuerzo!

<sup>(9)</sup> Las condiciones de trabajos periféricas, que no son ni jornada de trabajo, ni vacaciones, ni descansos, ni salario mínimo con horas extraordinarias, ni salud y seguridad ..., es decir, condiciones de menor importancia, aunque no por ello insignificantes.

<sup>(10)</sup> La realización restauración, mantenimiento, modificación o eliminación de construcciones, lo que es tanto como decir todo el sector de la construcción.

<sup>(11)</sup> Con base en el art. 14.1, a), Reglamento (CEE) 1408/71 (LCEur 1983, 411/1): DONDELS et al., *Temporary Employment across Borders. Posting in accordance with Regulation 1408/71 in practice*, Second European Conference on Social Security in Europe, Atenas 1996, pg. 118. El número total de desplazamientos es muy superior, según el mismo estudio, pg. 118: desde 1988 a 1994 ha sido de 1.523.926. La mayoría de trabajadores desplazados proceden de Francia, Países Bajos y Reino Unido, y van a Bélgica y Alemania.

<sup>(12)</sup> Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 27 de marzo de 1990 (TJCE 1990, 135), asunto C-113/89, Rush Portuguesa, sostuvo que «el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan el ámbito de aplicación de su legislación, o de los convenios laborales celebrados entre los interlocutores sociales, a todo aquel que ejecute un trabajo asalariado, aun de carácter temporal, en su territorio, cualquiera que sea el país en que esté establecido el empleador. Tampoco prohíbe el Derecho comunitario que los Estados miembros hagan respetar su normativa por los medios apropiados». Para ROCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, torino 1997, pgs. 29 y ss., se trata de una «jurisprudencia transversal», inspiradas en la política comunitaria de la tutela de la concurrencia pero con recaídas evidentes en la materia social, igual que sucede con las Sentencias TJCE de 23 de abril de 1991 (TJCE 1991, 180), asunto 41/90, Hofner y Else v. Macrotron, y de 10 de diciembre de 1991 (TJCE 1991, 311), asunto 179/1990, Merce Convenzionali Porto di Genova spa v., Siderurgica Gabrielli spa.

<sup>(13)</sup> Para un detallado estudio de la negociación colectiva en el sector de la Construcción en los Estados miembros, con miras a una negociación europea, cfr. BERCUSSON, *European Labour Law*, pgs. 493 y ss. En este sector, dice, «national bargaining systems in general tend to favour, rather than to impede, the process of EC-level bargaining» (pg. 497). En pg. 500 recuerda las posiciones convergentes, pero de orígenes opuestos, nacidas en Alemania y Gran Bretaña. No en vano «los trabajadores británicos de la construcción han sido empleados en Eurodisney cerca de París, el estadio olímpico de Barcelona y para la Expo 92 de Sevilla».

<sup>(14)</sup> Cfr. DONDELS, *ibidem*, pg. 118.

<sup>(15)</sup> Sobre los acuerdos europeos reforzados, cfr. A. OJEDA, *European Collective Bargaining: A Triumph of the Will*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. IX-4 (1993), pgs. 283 y ss.