

UNIVERSIDAD DE SEVILLA



**La prestación de servicios trasnacional.
Una nueva perspectiva de análisis.**

MEMORIA QUE PRESENTA
María Villa Fombuena

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

DIRECTORES

Jesús Cruz Villalón
Beatriz Campuzano Díaz

Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado

CAPÍTULO I
CONTEXTO HISTÓRICO Y REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LAS
PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES

<i>Abreviaturas</i>	7
INTRODUCCIÓN	11
1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. EL PAPEL DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS	18
1.1 EL PUNTO DE PARTIDA: LA CREACIÓN DE UN MERCADO ÚNICO	18
1.2 EL ESTANCAMIENTO NORMATIVO RELATIVO	20
1.3 NUEVOS IMPULSOS DESDE EUROPA: LA CARTA DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES	23
1.4 DE LA COHESIÓN ECONÓMICA A LA COHESIÓN SOCIAL	24
1.4.1. Tratado de Maastricht	25
1.4.2. Tratado de Ámsterdam	27
1.4.3. Tratado de Niza y Agenda Social Europea	28
2. LA RELACIÓN DE TRABAJO EN EL ACTUAL CONTEXTO INTERNACIONAL GLOBALIZADO	30
3. GLOBALIZACIÓN ¿A QUÉ NOS REFERIMOS?	31
3.1 SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES	35
3.2 ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES	38
4. TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA CLÁSICO	40
4.1 SU INFLUENCIA EN LA MOVILIDAD TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES	46
4.2 LOS GRUPOS DE EMPRESA	47
4.3 LAS EMPRESAS DESTINATARIAS DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS	49
4.3 LA SINGULARIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	50
5. PARTICULARIDADES DEL CONTEXTO EUROPEO	54
5.1 LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES EN EL MARCO DE LAS LIBERTADES EUROPEAS DE CIRCULACIÓN	55
5.2 LA REALIDAD INCOMPLETA DEL MERCADO INTERIOR	58

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO

1. EL SISTEMA DE FUENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO EN MATERIA LABORAL.....	64
2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA	67
2.1 ALCANCE Y VALOR JURÍDICO.....	68
2.2 INCORPORACIÓN AL TRATADO CONSTITUCIONAL	70
3. TRATADO DE LISBOA	72
4. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	77
5. GARANTÍAS NORMATIVAS PARA LA EFECTIVIDAD DE AMBAS LIBERTADES.....	79
5.1 EL DERECHO ORIGINARIO	79
5.2 EL DERECHO DERIVADO. LA OPCIÓN PREFERENTE DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA	80
6. LA INTERVENCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.....	83
7. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES.....	85
7.1 LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA NORMA	85
7.2 FUNDAMENTACIÓN.....	87
7.3 EL PROCESO DE ELABORACIÓN.....	88
7.4 RASGOS CARACTERÍSTICOS	92
7.4.1 La atipicidad de la Directiva.....	93
7.4.2 La flexibilidad de la Directiva como manifestación de su funcionalidad	97
7.5 LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO. EVOLUCIÓN Y REVISIÓN.....	100
7.5.1 Progreso de la situación desde la adopción de la norma en 1996	101
7.5.2 Una Propuesta de Directiva para garantizar el cumplimiento de otra (Directiva)	107
7.5.3 De la Propuesta a la Norma. La Directiva 2014/67/UE: un largo camino	110

CAPÍTULO III

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL: CONCEPTO Y CARACTERES

1. LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES EN EL MARCO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL	115
2. RASGOS DIFERENCIADORES DE LA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL.....	118
2.1 DESPLAZAMIENTOS INCLUIDOS /S DESPLAZAMIENTOS EXCLUIDOS.	118
2.1.1 Exclusiones expresas de la Directiva europea.....	122
2.2 EL CONCEPTO DE TRABAJADOR DESPLAZADO	124
2.2.1 Orígenes.....	125

2.2.2. El trabajador desplazado en los instrumentos internacionales. Los criterios de acceso al mercado, regreso al país de origen y paridad de trato	127
2.2.3 El trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional. Elementos conformadores	131
2.3 LA TEMPORALIDAD DEL DESPLAZAMIENTO. UN CRITERIO DETERMINANTE	135
3. LA FALSA AFINIDAD CON DETERMINADOS SUPUESTOS	141
3.1 EL TELETRABAJO O EWORK	142
3.2 TRABAJADORES CONTRATADOS PARA PRESTAR SERVICIOS EN EL EXTRANJERO	144
3.3 SUPUESTOS EN LOS QUE NO EXISTE UNA EMPRESA DESTINATARIA DE LA PRESTACIÓN	145
3.4 TRABAJADORES MÓVILES.....	146
3.5 TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS	148
3.6 EL CASO DE LOS TRABAJADORES EXPATRIADOS	149

CAPÍTULO IV EL DERECHO APLICABLE A UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL

1. LA CONFLUENCIA DE NORMAS DEL ESTADO DE ORIGEN Y DE DESTINO. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS PRINCIPIOS LABORALES DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA.	153
2.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	159
2. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL	165
3.1 NORMATIVA INTERNACIONAL: EL REGLAMENTO ROMA I	166
3.1.1 Caracteres	168
3.1.2 Ámbito de aplicación espacial.....	169
3.1.3 Ámbito temporal.....	173
3.1.4 Ámbito material.....	179
3.1.5 El régimen conflictual específico del RRI.....	180
3.2 LA CONCURRENCIA DE LAS DIRECTIVAS 96/71/CE Y 2014/67/UE Y EL RRI.....	188
4. LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. SU ALEGACIÓN, PRUEBA Y APLICACIÓN	192

CAPÍTULO V EL NÚCLEO INDISPONIBLE DE CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO Y SU GARANTÍA

1. LA GARANTÍA DE UN ESTATUTO MÍNIMO EN LA DIRECTIVA 96/71/CE.....	194
2. EL ÁMBITO MATERIAL DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO.....	197

2.1 CONDICIONES RELATIVAS AL TIEMPO DE TRABAJO.....	197
2.2 EL SALARIO MÍNIMO.....	202
2.2.1 Su relevancia en los desplazamientos transnacionales temporales de trabajadores.....	207
2.2.2 La determinación de la retribución y los complementos salariales.....	209
2.3 SALUD, SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.....	213
3. MEDIDAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES. PAPEL DE LA DIRECTIVA 2014/67/UE.....	216
3.1 PREVENCIÓN DE ABUSOS Y ELUSIONES. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LA EXISTENCIA DE DESPLAZAMIENTO.....	218
3.2 MEJORA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.....	221
3.3 UNA COOPERACION ADMINISTRATIVA MEJORADA.....	222
3.3.1 Cooperación y asistencia en sentido estricto.....	222
3.3.2 Directrices de actuación.....	223
3.3.3 Requisitos administrativos y medidas de control.....	224
3.4 INSPECCIONES.....	226
3.5 DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.....	227
3.6 LA RESPONSABILIDAD EN LA SUBCONTRATACIÓN.....	228
3.7 LA EJECUCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LAS SANCIONES Y MULTAS ADMINISTRATIVAS.....	228
3.7.1 Ámbito de actuación.....	229
3.7.2 Sanciones ejecutables.....	229
3.7.3 Tramitación de la ejecución transfronteriza.....	230
3.7.4 Motivos de denegación.....	232
3.8 EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DEL MERCADO INTERIOR (IMI).....	233

CAPÍTULO VI

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.....	237
2. LA REGULACIÓN NACIONAL PREVIA A LA LEY 45/1999.....	238
3. LA MOVILIDAD TRANSNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	241
4. LA LEY 45/1999.....	243
4.1 OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	244
4.2 LOS DESPLAZAMIENTOS CONTEMPLADOS EN LA LEY.....	249
4.3 LAS CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS. LA PROTECCIÓN ADICIONAL DE LA LEY ESPAÑOLA.....	251
4.4 MEDIDAS ESTABLECIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO.....	258
4.4.1 Los requisitos administrativos exigidos.....	260
4.4.2 Las medidas administrativas.....	263
4.4.3 Las medidas jurisdiccionales.....	267

CAPÍTULO VII

EL ÁMBITO FAMILIAR DEL TRABAJADOR TRANSNACIONAL

1. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE FAMILIA TRANSNACIONAL	272
1.1 LA FAMILIA Y SU DIFÍCIL CONCEPTUACIÓN	272
2. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA: TIPOLOGÍA Y FUNCIONALIDAD	277
3. UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA DE FAMILIA TRANSNACIONAL	281
4. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA FAMILIA	286
4.1 ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN EL PLANO UNIVERSAL.....	287
4.2 EL ÁMBITO REGIONAL EUROPEO	290
4.2.1 El Consejo de Europa.....	291
4.2.2 La familia en la jurisprudencia del TEDH	292
4.2.3 La Unión Europea.....	303
5. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL TRABAJADOR TRANSNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	306
5.1 FAMILIARES REAGRUPABLES	313

CAPÍTULO VIII

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE	320
2. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL A NIVEL EUROPEO	322
2.1 LA APLICACIÓN RESIDUAL DE LOS CONVENIOS DE BRUSELAS Y DE LUGANO	322
2.2 EL REGLAMENTO (UE) 1215/2012	325
2.2.1 Ámbito de aplicación.....	326
2.2.2 Foros competenciales	329
2.3 EL FORO ESPECIAL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE TRABAJADORES DESPLAZADOS	334
3. LA NORMATIVA AUTÓNOMA SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO 25 LOPJ.....	336
<i>Conclusiones</i>	340
BIBLIOGRAFÍA.....	346
DOCUMENTACIÓN CONSULTADA	372
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	384

AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AFDUDC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AG	Abogado General
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Compilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania)
BVL	Konkrete Normenkontrollen (Siglas del Tribunal Constitucional Federal de Alemania para referirse al control concreto de las Normas)
BvR	Verfassungsbeschwerdeverfahren (Siglas del Tribunal Constitucional Federal de Alemania para referirse al Recurso de amparo)
CAG	Conclusiones de los Abogados Generales
CB	Convenio de Bruselas
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión
CDSFT	Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CECA	<i>Comunidad Europea del Carbón y del Acero</i>
CEE	Comunidad Económica Europea
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial (CGPJ)
CES	Consejo Económico y Social
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIG	Conferencia Intergubernamental
CL	Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Convenio de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
COREPER	Comité de Representantes Permanentes (Consejo de la UE)
CR	Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.
CREADE	Creación, Asesoría y Desarrollo, S.L. (Actualmente, Fundación Altedia-Creade)
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea

ECLI	European Case-Law Identifier (Identificador europeo de jurisprudencia)
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos de América
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
EUROFOUND	European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions
EUROSTAT	Statistical Office of the European Communities (Oficina de Estadística de la Unión Europea)
FD	Fundamento de Derecho
GC	Giurisprudenza Costituzionale
ICE	Información Comercial Española
IES	Institute for Employment Studies (Instituto de Estudios de Empleo)
IESE	Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (Universidad de Navarra)
IESE-CELA	Centro para la Empresa en Latinoamérica, perteneciente al IESE
IOM	International Organization for Migration (Organización Internacional para las Migraciones)
IRCO	International Research Center on Organizations (Centro Internacional para la investigación de Organizaciones, perteneciente al IESE)
LDT	Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regula las empresas de trabajo temporal
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OISS	Organización Iberoamericana de Seguridad Social
OMC	Organización Mundial del Comercio
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RBI	Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REDUR	Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja
Rev. IUS	Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (Méjico)
REX	Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril.
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RJ	Recopilación de Jurisprudencia (TJUE)
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
RJD	Reports of Judgments and Decisions (TEDH)
RJDS	Revista Jurídica de los Derechos Sociales
RRI	Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
SPCS	Seminario Permanente de Ciencias Sociales
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	<i>Tratado por el que se crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero</i>
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UCLM	Universidad de Castilla-La Mancha
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de Méjico
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
V.G	Verbi Gratia (Locución latina cuya traducción es “por ejemplo”)

INTRODUCCIÓN

Hoy en día percibimos el planeta, en general, y el espacio europeo, en particular, como un lugar en el que las distancias no suponen un problema. El vertiginoso avance de los transportes y las comunicaciones ha permitido tener la percepción de que las distancias se acortan y que la posibilidad de contar con información y recursos de otras latitudes es cada vez más rápida. Las fronteras físicas y geográficas, antaño difíciles obstáculos, en la actualidad se han difuminado; el capital se mueve con casi total libertad entre los distintos territorios y, en consecuencia, es seguido por las actividades comerciales empresariales.

Es en este panorama de globalización donde se comprende el que las empresas europeas presten sus servicios, cada vez con mayor frecuencia, en territorios distintos a aquéllos en los cuales se encuentran situados sus establecimientos principales.

Pero esto es tan sólo una de las muchas manifestaciones que presentan los cambios que se han dado en diversos órdenes de la vida social. En efecto, asistimos a un proceso de modificaciones aceleradas en varios terrenos del quehacer humano, que impiden muchas veces discernir sus alcances y verdaderos significados. En el ámbito económico, la crisis en la que estamos inmersos ha tambaleado las estructuras y equilibrios que la comunidad internacional había construido. A ello hay que sumar los cambios que también se han venido dando en la geografía política, en donde naciones emergentes buscan insertarse en los nuevos consensos regionales y mundiales. Los impactos de estas novedades están afectando la vida cotidiana de muchas personas, ya sea en su entorno inmediato y familiar, o bien en su entorno social y profesional. En mayor o menor medida todas las esferas de la persona están siendo alteradas.

En la esfera laboral, prolifera una figura: el desplazamiento transnacional temporal para la ejecución de una prestación de servicios. El fenómeno del desplazamiento no constituye, ni mucho menos, una novedad; las migraciones laborales han venido constituyendo una constante a lo largo de muchos siglos, tantos casi como la historia misma la humanidad¹, convirtiendo a unos países en Estados receptores y a otros en emisores de mano de obra. Sin embargo, el movimiento de trabajadores se fundamentaba, tradicionalmente, en una búsqueda de empleo o en la respuesta a una oferta previa de puesto de trabajo. El traslado transnacional no traía causa en un contexto laboral, sino que tenía en éste su propio fin.

La movilidad laboral a la que nos referiremos en esta tesis es muy diferente. En primer lugar, el desplazamiento se produce en el marco de una relación laboral ya existente, no

¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 13.2, ya reconocía el derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de un trabajo.

² P. Kurczyn Villalobos, C. Reynoso Castillo y A. Sánchez-Castañeda, *Derecho laboral globalizado*,

busca establecerla; se trata, por ello, de una movilidad en el empleo y no una movilidad para el empleo. Por otro lado, la temporalidad del cambio del lugar de trabajo del empleado es definitoria en esta nueva modalidad de desplazamiento transnacional.

Como veremos en este trabajo, los cambios ocurridos en el escenario europeo en las últimas décadas han cuestionado muchos de los viejos paradigmas sobre los que se había sustentado la regulación de estos procesos. Así, las reglas que de tiempo atrás se propusieron regular la materia fueron alcanzadas por este entorno cambiante, y aún hoy se encuentran inmersas en un proceso de modificaciones y reformas, en los que reina la imprecisión y la incertidumbre a futuro. En ese contexto convulso, algunas normas concretas de Derecho interno de países miembros empezaron a diluirse en el torrente de los cambios, y otras emanadas de las Instituciones europeas parecían ir al rescate de aquéllas².

La extensión y frecuencia de los desplazamientos transnacionales de trabajadores, fruto del proceso de globalización de finales del siglo XX, ha hecho visible una realidad social emergente. Un fenómeno social que, aunque no es novedoso, sí es más dinámico y fluido cada día.

Por otro lado, este tipo de desplazamientos acarrea, igualmente, un proceso transformador con profundas implicaciones a nivel familiar. Tales incidencias, trascienden las fronteras nacionales e integran en una misma experiencia un nuevo espacio transnacional en el que se funden el país de origen y el país receptor. En cierta medida, la familia *per se*, participa en tal fusión. No sólo por su posible co-protagonismo en el desplazamiento, sino igualmente por su vulnerabilidad ante los posibles efectos desintegradores propios de la separación, tanto física como emocional, que conlleva esta modalidad de desplazamiento de los trabajadores.

Por todo ello, el trabajo que aquí se propone busca ofrecer un estudio lo más completo posible sobre el presente de este tipo de desplazamientos, así como evidenciar las consecuencias o reflejos que éstos tienen en el entorno más inmediato del trabajador, es decir, en su entorno familiar. Las legislaciones europea y española constituirán la base de este análisis. No obstante, y al objeto de presentar una perspectiva de examen diferenciada y poco habitual, se tendrá en cuenta igualmente el derecho inglés, como sistema de derecho caracterizado, fundamentalmente, por su carácter jurisprudencial en contraposición al sistema de derecho continental europeo, de carácter eminentemente legal³.

² P. Kurczyn Villalobos, C. Reynoso Castillo y A. Sánchez-Castañeda, *Derecho laboral globalizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 4 y ss.

³ La principal diferencia entre el sistema de derecho continental europeo y el sistema anglosajón radica en la distinta jerarquía existente entre las diversas "fuentes" de esos derechos. El Derecho anglosajón es un sistema "jurisprudencial", en tanto las principales fuentes del mismo son las sentencias judiciales. Éstas

Esta labor implica una aproximación multidisciplinar e integral a la materia. Por ello, se incorporan conocimientos de varias disciplinas jurídicas- Derecho del Trabajo, Derecho Civil, Derecho Internacional Público y, significativamente, Derecho Internacional Privado-. La información que suministran sus fuentes específicas supone un complemento imprescindible para analizar con garantías el régimen jurídico-laboral de las prestaciones transnacionales de servicios.

Para cumplir los objetivos señalados se ha estructurado el presente trabajo en ocho capítulos. En el primero de ellos realizaremos un recorrido por el contexto histórico de la prestación de servicios transnacionales. En este apartado se parte de una visión histórica de las principales fases de evolución en la consagración de las libertades europeas de prestación de servicios, de circulación de trabajadores y de establecimiento, lo que nos permitirá tener una visión general de la materia. La configuración que dichas libertades confieren al mercado de trabajo europeo debe ser tomada en especial consideración para completar el análisis de los factores que influyen en la movilidad geográfica de trabajadores. A continuación, analizaremos qué impacto ha tenido el fenómeno de la globalización en el ámbito de la organización empresarial, especialmente, en lo que a las relaciones laborales atañe.

Introducido el objeto de nuestro estudio a través de la identificación del panorama en el que se presenta, procede abordar, en el segundo capítulo, las fuentes del Derecho en esta materia. Y es que conocer qué fuentes del ordenamiento jurídico europeo tienen capacidad regulativa en esta materia y cómo se articulan se presenta como cuestión fundamental.

tienen un carácter "vinculante", es decir, son obligatorias para todos los jueces, quienes no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros magistrados. La *ratio decidendi* de las sentencias previamente dictadas obligan a los tribunales a fallar de la misma manera o de forma similar. Por esto el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se induce la norma, estudio que termina en la elaboración de un "caso típico", el cual se compara con la situación en estudio para ver si es similar o no.

En cambio, el derecho continental, debido a la influencia del derecho romano (que, desde sus comienzos, se preocupó porque las normas jurídicas fueran escritas, a fin de que todos pudieran conocerlas), es un derecho eminentemente "legal", en tanto la principal fuente del mismo es la ley. Desde el punto de vista de la jurisprudencia (y no de las fuentes del derecho), puede decirse que, mientras en el sistema anglosajón cada fallo de cada juez sienta una base jurisprudencial firme y con rango de norma legal, esto no ocurre en el sistema continental, en el cual poco importa que existan numerosas sentencias concordantes respecto de determinado asunto. Ello no implica una obligación para ningún juez de fallar conforme a esa "tendencia" y tan solo complementa a la legislación respecto a la corriente doctrinal sobre determinado asunto, el cual podrá ser citado en el juicio pero no vinculará al juez. En el sistema continental sólo las sentencias del Tribunal Supremo sientan jurisprudencia y pueden ser citadas, mientras que las demás sentencias tan sólo sientan precedente.

En la actualidad, la diferencia señalada entre ambos sistemas es cada vez menor, pues se verifica en el Derecho anglosajón una fuerte tendencia hacia la "codificación" de las reglas jurídicas, esto es, una creciente producción de normas escritas, que van desplazando paulatinamente los antiguos precedentes judiciales y los van reemplazando por normas escritas. Este fenómeno es posible gracias a la enorme flexibilidad que caracteriza al Derecho anglosajón, a diferencia de lo que ocurre con el sistema continental, en el que la existencia de códigos y normas escritas le ha impreso un carácter más "rígido".

En el tercero de los capítulos se abordará delimitación conceptual de las prestaciones transnacionales de servicios, tomando como referencia principal la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; y, de forma paralela, la labor desarrollada por el TJCE en esta materia.

Con el cuarto de los capítulos nos adentraremos en el análisis del derecho aplicable. No obstante, la selección del derecho aplicable no basta por sí sola para conocer las condiciones de trabajo que han de ser aplicadas al trabajador que, en el marco de una prestación de servicios, resulta desplazado por su empresa. Por ello, en el quinto de los capítulos afrontaremos el estudio del denominado núcleo duro que establece la Directiva 96/71/CE y cuyo cumplimiento refuerza la Directiva 2014/67/UE.

En el capítulo sexto abordaremos el estudio de la Ley española 45/1999, de 29 de noviembre, encargada de transponer a nuestro ordenamiento jurídico dicha Directiva europea; sin perder por ello de vista aquellas otras normas que, de manera indirecta, inciden en la materia.

A continuación analizaremos el impacto que estos desplazamientos tienen en el entorno familiar del trabajador, lo que ha propiciado la aparición de un nuevo concepto: *la familia transnacional*, entendida como aquella en la que alguno de sus miembros se encuentra, temporalmente, en un país distinto al de origen por motivos laborales. Así, en el séptimo capítulo se estudiarán los diferentes procesos de transformación que experimenta la unidad familiar ante la interacción de dos elementos: el trabajo como sustento económico de la familia y la ausencia temporal de alguno de sus miembros por razones laborales.

Finalmente el estudio del régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero, exige examinar la competencia judicial. No debemos olvidar que nos encontramos ante situaciones en las que entrarán en juego más de un ordenamiento jurídico nacional. A ello dedicaremos el octavo y último capítulo.

Este trabajo concluirá con la exposición de las conclusiones obtenidas tras el estudio de una materia tan actual como son las prestaciones transnacionales de servicios.

Sin duda, se trata de una tarea complicada, pero, como señala J. L. Moreneo Pérez, el centro de interés para el jurista científico debe ser tanto el Derecho positivo, como la realidad social en la que se inserta⁴, y a día de hoy la intensidad, frecuencia y alcance de los desplazamientos transnacionales de trabajadores como consecuencia de la globalización económica, la alteración en los sistemas tradicionales de organización

⁴ J. L. Moreneo Pérez, *Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho*, Revista de Derecho Social, Núm. 37, 2007, pág. 47.

productiva y del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, ponen de manifiesto la oportunidad de este estudio.

CAPÍTULO I
CONTEXTO HISTÓRICO Y REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LAS PRESTACIONES DE
SERVICIOS TRANSNACIONALES

El estudio de un sector del ordenamiento jurídico tan sensible a los cambios sociales y económicos como es el de los fenómenos de movilidad geográfica temporal de trabajadores, y más concretamente, las prestaciones de servicios transnacionales, no puede ser completo si no se toma en consideración el contexto de cambio en el que se desenvuelven las normas que lo rigen⁵.

En consecuencia, en este primer capítulo se pretende estudiar en profundidad el escenario en el que este fenómeno surge y encuentra cobertura jurídica, así como aquellas realidades que de manera indubitada han potenciado su vertiginoso desarrollo. Con ese objetivo, esta parte del estudio se ha articulado en torno a dos bloques principales, que culminarán con una sucinta referencia al mercado único europeo.

En el primero de dichos bloques constataremos cómo desde los inicios del proceso de integración europea la libre movilidad será, además de uno de los ejes fundamentales de la política social, el elemento clave en el origen, desarrollo y regulación de los desplazamientos transnacionales de trabajadores dentro de la Unión.

En el segundo trataremos de evidenciar las implicaciones entre la nueva realidad planetaria que supone la globalización, la reacción empresarial a este fenómeno y el auge de la movilidad laboral transnacional.

Son numerosos los estudios dedicados al análisis de la relación triangular globalización-empresa-trabajador. Todos ellos tienen como objetivo casi único evidenciar las consecuencias negativas que, en la mayoría de ocasiones, la externalización del ciclo productivo –entendida como la adaptación de la mayoría de empresas al nuevo mercado global- tienen para el trabajador. No obstante, en el presente trabajo no continuaremos esa senda. En nuestro análisis visualizaremos toda esa literatura desde un nuevo enfoque con el que se pretende evidenciar una situación laboral que se ha visto propiciada o favorecida por tal fenómeno externalizador: la movilidad transnacional de trabajadores.

⁵ Como señala J. Cruz Villalón, “resulta ineludible cada vez más tener una comprensión y conocimiento fundado del fenómeno sobre el que intervienen las normas al objeto de realizar una acertada valoración jurídica del mismo”. En *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Revista de Trabajo y Seguridad social, Núm. 13, 1994, p. 7.

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. EL PAPEL DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

1.1 EL PUNTO DE PARTIDA: LA CREACIÓN DE UN MERCADO ÚNICO

Tras la Segunda Guerra Mundial, y una vez conocidas las atrocidades cometidas durante su transcurso, se buscaron fórmulas para evitar que una nueva contienda se repitiera en Europa.

La idea de crear un espacio común sin fronteras en el que imperase la paz y el bienestar fue manifestada por primera vez en la conocida como Declaración Schuman⁶. Con ella se dio el primer paso para la formación de una organización supraestatal, al proponerse que el carbón y el acero de Alemania y Francia se sometieran a una administración conjunta. En la Declaración se contemplaba además la posibilidad de una futura ampliación de la comunidad a otros países europeos para formar un espacio de libre circulación de personas, mercancías y capital. Se consideró que este sistema cruzado de intereses evitaría la posibilidad de una nueva guerra.

Así es como nació la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)⁷, considerada el germen de la actual UE. No obstante, a pesar de haberse esbozado la idea de un espacio de libre circulación, lo cierto es que la construcción de la UE se realizó sobre iniciativas tendentes exclusivamente a la consecución de un espacio integrado desde el punto de vista económico. Serían las posteriores ampliaciones materiales las que condujeran a una integración global a todos los niveles (económico, político e institucional).

En este panorama no será hasta la firma del Tratado de la Comunidad Económica Europea⁸, en adelante TCEE, cuando se instaure la libre circulación de trabajadores⁹

⁶ Título con el que se conoce el discurso pronunciado por el Ministro de Asuntos Exteriores francés R. Schuman, el 9 de mayo de 1950 en París. Disponible en: <http://www.robert-schuman.eu/es/doc/questions-d-europe/qe-204-es.pdf>

⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero firmado en París el 18 de abril de 1951. Reunía a los Estados de Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad que tenía por objeto organizar la libertad de circulación del carbón y del acero y el libre acceso a las fuentes de producción. Se creaba, además, una Alta Autoridad común encargada de supervisar el mercado y el respeto de las normas de competencia y de velar por la transparencia de los precios.

El Tratado entró en vigor el 24 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002. No fue publicado en el DOUE.

⁸ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado por los Estados de Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, y los Países Bajos, el 25 de marzo de 1957 en Roma, y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 1958. Su firma coincidió con la del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), por lo que ambos son conocidos conjuntamente como los "Tratados de Roma".

como uno de los pilares sobre los que debía construirse el mercado común que se pretendía alcanzar. Así, y aunque la rúbrica del Título III del TCEE se refería a la “libre circulación de personas”¹⁰, en la práctica esta libertad quedaba limitada a garantizar la circulación y el desplazamiento motivados por actividades económicas, y por tanto, se entendían referidos exclusivamente a los trabajadores. De hecho, hasta el Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE, que instaurará la ciudadanía europea, no se hablará del derecho a la libertad de circulación de las personas con autonomía¹¹, sin asociarse a la libre circulación de los trabajadores, al ejercicio del derecho de establecimiento o a la libre prestación de servicios.

Habida cuenta de que el Tratado de Roma de 1957 creaba una Comunidad Económica, no resultaba extraño que las libertades que se creaban fueran también de idéntica naturaleza, con el fin de alcanzar los objetivos explícitos que figuraban en el artículo 2 del mencionado Tratado¹². Esta parece ser la razón por la que los autores se refirieron a la libertad de circulación de trabajadores, regulada en este Tratado, como una libertad económica más junto a la libre circulación de mercancías, servicios y capitales¹³.

Desde su firma ha sobrevivido con diversas reformas y distintas denominaciones: hasta el año 1992 ha sido conocido como TCEE; desde entonces y hasta 2009 pasó a denominarse Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Finalmente, desde el 1 de Diciembre de 2009, con la entrada en vigor de las disposiciones contenidas en el Tratado de Lisboa, el TCE ha modificado su nombre, adoptando el nuevo de Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE).

⁹ Junto a la libertad de circulación de servicios, de capitales y de mercancías.

¹⁰ artículos. 48 a 51 del TCEE. Actuales artículos. 45 a 48 del TFUE.

¹¹ El artículo 18 TCE, introducido por el TUE, establecía en su apdo. 1: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. Esta redacción ha variado tras la reforma introducida por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007). El actual artículo 3.2 TUE señala: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

¹² artículo 2 redactado en 1957: “La Comunidad tendrá como objetivo, mediante el establecimiento de un mercado común y el acercamiento progresivo de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un desarrollo armónico de las actividades económicas de los Estados miembros, promover un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la componen”.

¹³ Para una visión general sobre el tema véanse, entre otros: B. Pérez de las Heras, *Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995; y D. López Garrido, *Derecho comunitario europeo, libertades económicas y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.

Sobre la libertad de circulación de trabajadores pueden verse además en la bibliografía española: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Libre circulación de trabajadores”, en *mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 220 y ss.; E. Linde Paniagua, *La libre circulación de trabajadores versus la libre circulación de personas*, Revista de Derecho de la Unión Europea, Núm. 5, 2003, pp. 15 y ss.; J. M. Gómez Muñoz y P. T. Rodríguez-Ramos Velasco, “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en *Una aproximación al derecho social comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.; J. A. del Valle Gálvez, “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *Derecho comunitario material*. Mc Graw Hill, Madrid, 2000, pp. 41 y

Por lo que a la libertad de circulación originaria se refiere, este primer período tuvo como objetivo principal contribuir a reducir y paliar los costes sociales de la integración económica europea, imperando una subordinación total a las legislaciones nacionales¹⁴.

La protección de las libertades fundamentales era una cuestión que quedaba bajo la competencia de los Estados miembros¹⁵, que rechazaron atribuirla a las Comunidades en los Tratados constitutivos.

Por ello, y ante la ausencia de un sistema previamente elaborado de protección de tales libertades y derechos en el ámbito de las Comunidades, sería el Tribunal de Justicia de la CE, en adelante TJCE, el que iría configurando tal protección a medida que se le fueran planteando litigios concretos¹⁶.

1.2 EL ESTANCAMIENTO NORMATIVO RELATIVO

A pesar de que los tres Tratados constitutivos recogían en sus Preámbulos la premisa de mejorar las condiciones de vida de los europeos¹⁷, lo cierto fue que la política social europea experimentó un letargo hasta mediados de los años ochenta.

ss.; y A. Montoya Melgar y otros, “La libre circulación de trabajadores”, en *Derecho social europeo*, Tecnos, Madrid 1994, pp. 127 y ss.

¹⁴ Véase, G. Rodríguez Cabrero, *El desarrollo de la política social en la Unión Europea y la construcción de los derechos sociales en una Europa ampliada*, Instituto Social León XIII, Madrid, 2003, p. 4.

¹⁵ Véase, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974, *Solange I* (2 BVL 52/71, BverfGE 37, 271); y la Sentencia de la Corte Constitucional de Italia de 27 de diciembre de 1973, *Frontini* (183/73, GC, 1973, p. 2401). En estas sentencias los tribunales nacionales reprocharon que en ese momento el Derecho comunitario no poseyera instrumentos normativos ni judiciales para garantizar una protección de los derechos similar a la otorgada por sus respectivas constituciones. Por lo que en caso de conflicto entre el Derecho comunitario y los DDFF nacionales velarían por la prevalencia de los segundos.

¹⁶ El cuestionamiento del respeto de las libertades fundamentales en Europa tiene su origen en una serie de casos sustanciados ante el TJCE. Véase al respecto, la Sentencia de 4 de febrero de 1959, *Stork / Alta Autoridad CECA* (asunto 1/58, Rec. 1959, p.17); Sentencia de 20 de marzo de 1959, *Nold / Alta Autoridad CECA* (asunto 18/57, Rec. 1959 p. 41); y Sentencia de 1 de abril de 1965, *Sgarlata / Comisión de las Comunidades Europeas* (asunto 40/64, Rec. 1965 p. 215).

En todas ellas se planteó la violación de algún derecho fundamental por una norma comunitaria. En los tres casos, los reclamantes argumentaban que se trataba de derechos protegidos por las Constituciones de los Estados miembros y, en consecuencia, venían a limitar el campo de actuación del TCECA. Las respuestas judiciales, que ni afirmaron ni negaron la existencia de tales derechos fundamentales protegidos por las Constituciones nacionales, se limitaron a señalar que la Alta Autoridad de la CECA sólo debía aplicar el derecho contenido en el Tratado y no el nacional de cada país. El TJCE eludía así pronunciarse al respecto, argumentando que su tarea era aplicar el Derecho comunitario y no abordar cuestiones propias del derecho interno de los Estados miembros. Sobre esta materia véase, B. Sicilia Oña, *Derechos Fundamentales y Constitución europea*, Colección Derechos humanos P. Francisco de Vitoria, Arateko, Vitoria-Gasteiz, 2006, pp. 27 a 30.

¹⁷ A modo de ejemplo, en el Preámbulo del TCEE podía leerse: “Decididos a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la libertad de circulación de trabajadores, que tras su inclusión en los artículos. 48 a 51 TCEE experimentó un profuso desarrollo normativo¹⁸. Esto provocó que comenzara a vislumbrarse un horizonte más amplio para las Comunidades. Horizonte, que nunca estuvo alejado del proyecto político ideado por los fundadores, pero que no acababa de concretarse en los Tratados.

La libertad de circulación continuaba formando parte de un concepto más amplio como era el de Mercado interior. Aún se percibía como una libertad con un claro sentido económico concedida al ciudadano comunitario en cuanto ejerciente de una actividad con una finalidad lucrativa, es decir, económica.

Esa dimensión eminentemente instrumental de la libertad de circulación de trabajadores, en cuanto presupuesto del proceso de liberalización del mercado comunitario europeo, justificaba, a su vez, su carácter vivo y cambiante. La práctica judicial de esta etapa evidenció la permanente necesidad de reinterpretación de esta libertad de circulación.

Con la resolución dada en el asunto *Stauder*¹⁹, el TJUE dio un giro a su jurisprudencia anterior²⁰. Se trata de la primera sentencia en la que este Tribunal protegió los derechos

dividen Europa, fijando como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos”.

¹⁸ Sirvan de ejemplo: El Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOUE L 257, de 19 de octubre de 1968); el Reglamento CEE núm. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (DOUE L 142, de 30 de junio de 1970); o la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios (DOUE L 172, de 28 de junio de 1973).

Con esta relación de textos se pretende simplemente mostrar el desarrollo normativo que experimentó la libertad de circulación de trabajadores en esta etapa, por lo que no se incluyen las numerosas modificaciones que estas normas han experimentado con posterioridad.

¹⁹ STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder / La villa de Ulm-Solzalmst*, (asunto 29/69, Rec. 1969 p. 419). Los hechos, brevemente descritos, son los siguientes: debido al excedente de productos lácteos, la Comisión Europea autorizó a los Estados miembros a vender mantequilla a precios reducidos a personas que fuesen beneficiarias de un régimen de asistencia social. Para evitar posibles fraudes, los solicitantes debían presentar unos documentos que acreditasen tal situación; unos bonos o cupones en los que, según la traducción alemana de la Decisión comunitaria, debía figurar el nombre del beneficiario. El Sr. Stauder, ciudadano alemán, consideró que tal requisito era contrario a la dignidad humana y que suponía una discriminación injustificada. Así pues, planteó el caso ante un tribunal administrativo de Stuttgart, el cual, mediante la correspondiente cuestión prejudicial, preguntó al TJCE sobre la posible invalidez de esta Decisión de la Comisión Europea por ser incompatible con los principios generales del Derecho comunitario. A pesar de que en este caso el Tribunal no constató la violación de tales derechos, sí estableció -aunque de forma indirecta- su compromiso con ellos de esta manera: “(...) interpretada de este modo, la disposición en litigio no muestra ningún elemento susceptible de poner en cuestión *los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario que el Tribunal garantiza (...)*”

²⁰ Véase, además de la jurisprudencia citada en la nota 16, la STJCE de 15 de julio de 1960, *Lachmüller* (asunto 43/59, 45/59 y 48/59, Rec. 1960, p. 463). En este caso, el TJCE tampoco entró a valorar la presunta agresión alegando que no tenía que pronunciarse sobre la reglas de Derecho interno en vigor en un Estado miembro, pues ello implicaría la subordinación del Derecho comunitario al ordenamiento de dicho Estado.

y las libertades fundamentales en el ámbito de las Comunidades. Con ella el TJUE inauguró una nueva etapa en la que expresiones como “el Tribunal garantiza el respeto de los principios generales del Derecho de la Comunidad, de los cuales los derechos y las libertades fundamentales forman parte”, o muy similares, se repetirían continuamente en sus decisiones relativas a esta materia. Esta sentencia reviste, por tanto, una importancia capital en la materia y se convierte en un punto de no retorno a partir del cual se desarrollará y evolucionará el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales por el TJUE²¹. En palabras del jurista belga W.J Ganshof Van der Meersch: «*la Cour est condamnée au développement de sa doctrine*»²².

Como hemos aludido al inicio de este apartado, esta etapa no se caracterizó por avances importantes. Sin embargo, la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961²³, en adelante CSE, supuso un tímido progreso en la conquista de los derechos sociales. Este Tratado del Consejo de Europa puso de relieve el juego de intereses relacionado con la conciliación entre lo social y lo económico. Como se desprende de su Preámbulo, con ella se intentó reducir el déficit social existente en Europa²⁴.

No obstante, el pasado de la CSE en las Comunidades Europeas aparece asociado a la primera gran reforma de los Tratados constitutivos: la llevada a cabo mediante el Acta Única Europea, en adelante AUE, de 1986, que amplió la originaria visión socio-económica al incluir en su Preámbulo una referencia explícita a la Carta de 1961, así como a la igualdad y a la justicia social.

La suerte de la Carta irá ligada a la jurisprudencia europea que acudirá a ella, como fuente inspiradora, en numerosas ocasiones²⁵. De hecho, aún hoy orienta la actividad de los órganos institucionales europeos y del TJUE.

²¹ B. Sicilia Oña, *Derechos Fundamentales y Constitución europea*, cit., pp. 32 y ss.

²² Cita de A. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999, p. 96.

²³ Ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980). La Carta tiene su base en el Estatuto del Consejo de Europa (redactado en Londres el 5 de mayo de 1949), uno de cuyos fines primordiales radica en promover la acción conjunta de sus Estados miembros en aras de facilitar su “progreso económico y social” (artículo 1.a).

²⁴ Preámbulo: “(...) con el fin de favorecer el progreso económico y social, especialmente a través de la defensa y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (...)”.

²⁵ A modo de ejemplo, véase la STJCE de 15 de junio de 1978, *Defrenne* (asunto 149/77, Rec. 1978 p.1365). El Tribunal hizo valer el derecho fundamental a la no discriminación sexual en las condiciones laborales, señalando en el apdo. 28 que tal derecho se consagraba en la CSE de 1961. La cita de la CSE en la jurisprudencia comunitaria ha venido reiterándose de manera más o menos constante: así, más recientemente, STJEU de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas* (asunto C-13/05, Rec. 2006 p. I-6467); y STJCE de 20 de septiembre de 2007, asunto *Kiiski* (asunto C-116/06, Rec. 2007 p. I-7643); o STJCE de 15 de abril de 2008, asunto *Impact* (asunto C-268/06, Rec. 2008 p. I-2483).

1.3 NUEVOS IMPULSOS DESDE EUROPA: LA CARTA DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

La década de los ochenta puso de manifiesto la necesidad de establecer un equilibrio entre el objetivo estratégico de creación de un mercado común europeo y la cohesión social dentro del mismo. En esta etapa se habló, por primera vez, de la dimensión social del mercado interior²⁶.

Con la firma del Acta Única Europea²⁷ se pretendió superar el objetivo del mercado común para alcanzar el objetivo del mercado interior que implicaría un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada.

Es cierto que el objetivo de libre circulación ya estaba recogido en los Tratados iniciales, pero ante el escaso éxito alcanzado, este Tratado dio un paso más al proponer un plazo fijo para su consecución: el 31 de diciembre de 1992.

Por otro lado, el Consejo Europeo aprobó la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en adelante CDSFT²⁸, cuyo Título I recogía la libre de circulación de trabajadores en el territorio de la Comunidad²⁹.

La CDSFT representaba el primer compromiso por parte de los Estados miembros de respetar un conjunto de políticas sociales y objetivos de legislación laboral, lo que

²⁶ El 9 de noviembre de 1988, J. Delors, Presidente de la Comisión Europea, invitó al Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas a intercambiar opiniones y a reflexionar sobre el posible contenido de una "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales" (Discurso dado por J. Delors el 12 de mayo de 1988 en el Congreso de la Confederación Europea de Sindicatos. Disponible en: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7492/tmcd2de2.pdf?sequence=2>, pp. 238-244).

²⁷ Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y ratificada por España mediante Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre (BOE núm. 288, de 2 de diciembre de 1986).

El Acta Única entró en vigor el 1 de julio de 1987 (DOUE L 169, de 29 de junio de 1987) y supuso la primera modificación de gran alcance del TCEE.

²⁸ La Carta fue firmada el 9 de diciembre de 1989 en el Consejo Europeo celebrado en Estrasburgo, por los Jefes de Gobierno de once de los doce Estados miembros (Reino Unido firmaría la Carta en 1998).

Las conclusiones del Comité ejecutivo de la Confederación Europea de Sindicatos, celebrado los días 1 y 2 de diciembre de 1988, supusieron el primer paso para la elaboración de la Carta. En ellas se puso de manifiesto: 1) la ausencia de una política social comunitaria, lo que provocaba temor a que se debilitasen los nuevos derechos que permitían asegurar una regulación social del gran mercado; 2) la necesidad de permitir una adaptación de los derechos sociales a medida que el mercado interior se fuese realizando; 3) el establecimiento de una base de derechos sociales prioritarios ligados a la dimensión del mercado interior, como objetivo único; 4) la necesaria asunción de responsabilidad por parte de la Comunidad, mediante la adopción de una legislación comunitaria básica que permitiera que todos los países convergiesen progresivamente hacia el mejor nivel social.

²⁹ artículo 1 CDSFT: "Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a la libre circulación en todo el territorio de la Comunidad, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública. 2. El derecho a la libre circulación permite a cualquier trabajador ejercer cualquier profesión u oficio en la Comunidad, en condiciones de igualdad de trato para el acceso al trabajo, las condiciones de trabajo y la protección social del país de acogida".

supuso una alternativa a la clásica armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros.

Con el fin de permitir la adopción de un conjunto de disposiciones mínimas comunes a los Estados miembros, la Comisión presentó un programa de acción para la implementación en la Comunidad de los derechos básicos de los trabajadores³⁰. De esta forma, la Carta se convirtió en base instrumental para el lanzamiento de iniciativas en materia de política de empleo y relaciones laborales, lo que arrojó varias directivas durante la década de los noventa³¹.

No obstante, y a pesar de las buenas intenciones, el alcance de la CDSFT fue más simbólico que real. La Carta no contemplaba sanciones en caso de incumplimiento, por lo que resultaba difícil ejercitar el amparo directo de su texto.

1.4 DE LA COHESIÓN ECONÓMICA A LA COHESIÓN SOCIAL

En Europa existía ya una dimensión económica consolidada y una dimensión política por construir, en la que luchaba por aparecer lo social. La atención a las cuestiones sociales volvió a surgir en el Consejo Europeo de Roma de 1990³², en donde se pidió a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política que prestase especial atención a los temas relativos a la cohesión económica y social y a la necesidad del diálogo social. En dicho Consejo se lanzaron varias propuestas que se plasmarían, finalmente, en la segunda gran reforma de los Tratados originarios.

³⁰ Communication from the Commission concerning its Action Programme relating to the Implementation of the Community Charter of Basic Social Rights for Workers, COM (89) 568 final, 29 November 1989.

³¹ A modo de ejemplo: Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DOUE L 348, de 28 de noviembre de 1992); Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (DOUE L 307, de 13 de diciembre de 1993), modificada por la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 195, de 1 de agosto de 2000); Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DOUE L 145, de 19 de junio de 1996); y 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 (DOUE L 014, de 20 de enero de 1998).

³² Celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 1990 (RIE, Núm. 18, Enero/Abril 1991, pp. 383-404).

1.4.1. Tratado de Maastricht

El TUE³³ supuso un nuevo avance en el largo y accidentado camino iniciado con el TCEE.

Por lo que respecta a la libre circulación de trabajadores es destacable el hecho de que el contenido de los artículos 48 a 51 TCEE había permanecido prácticamente inalterado a lo largo de los años; a excepción del procedimiento normativo que regía en el antiguo artículo 51, y que fue sustituido por el de codecisión del artículo 251 TCE. Una modificación ligera si se tiene en cuenta que habían transcurrido 35 años desde que se fundara la CEE.

Hasta la aparición del TUE la libertad de circulación estuvo asociada a la libre circulación de los trabajadores, al ejercicio del derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios. No debemos olvidar que, aunque se hablara de la libre circulación de personas, en la práctica esta libertad quedaba limitada a garantizar la circulación y el desplazamiento motivados por actividades económicas, y por tanto, estaba referida exclusivamente a los trabajadores.

Con el TUE la libre circulación pasó de ser un principio de organización del mercado interior a ser un derecho subjetivo, vinculado a la condición de persona³⁴ y no, necesariamente, a la de trabajador. Ello no quiere decir, como veremos más adelante, que en los Tratados desapareciera la visión económica de la libre circulación³⁵.

Por lo que a la materia social se refiere, esta etapa de profundización europea se convirtió en el punto clave para decantar las diversas posiciones de los Estados miembros en pro de un modelo federal de proyecto europeo, o bien en favor de la constitución de un amplio espacio económico europeo con pleno mantenimiento de las diferentes soberanías nacionales³⁶.

³³ Firmado en 1992 en la ciudad holandesa de Maastricht, fue concebido como la culminación política de un conjunto normativo formado por los Tratados preexistentes denominados *pilar comunitario*, al que el TUE venía a añadir otros dos pilares político-jurídicos de nuevo cuño que él mismo regulaba: la política exterior y de seguridad común y los asuntos de justicia e interior. Este tratado fue publicado en el DOUE C 191, de 29 de julio de 1992. El DOUE C326/01, de 26 de octubre de 2012 recoge la versión consolidada del mismo, tras el Tratado de Lisboa.

España ratificó el TUE mediante Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992).

³⁴ El Tratado de Maastricht instauró la ciudadanía europea. Véase, nota 11.

³⁵ El TFUE sigue garantizando como objetivo de la Unión la existencia del mercado interior que implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados (artículo 26.2).

³⁶ J. Cruz Villalón, *La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución*, en *Una aproximación al Derecho social comunitario*, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, Vol. VI, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 2000, p. 20.

La realidad fue que dentro del articulado propiamente dicho sólo se logró incorporar una declaración programática en relación a los objetivos generales de la UE, con mención explícita al logro de un alto nivel de empleo y de protección social³⁷. Los elementos más innovadores y directamente enlazados con el desarrollo de la política social europea quedaron excluidos, en tanto que fueron relegados a un Acuerdo anexo³⁸; si bien se aceptó que sus disposiciones constituyeran parte integrante del acervo comunitario. Este Acuerdo sobre política social sólo sería firmado por once de los Estados miembros³⁹.

Con todo, el Acuerdo supuso un avance cualitativo en el desarrollo del espacio social europeo. Por primera vez, a través de un texto vinculante y no meramente programático de intenciones, se extendía la actuación normativa de las Instituciones comunitarias al conjunto básico de la legislación laboral. Además, el Acuerdo incorporaba una filosofía de promoción del diálogo social y potenciación del protagonismo de los interlocutores sociales a nivel comunitario, hasta el punto de que toda iniciativa europea en materia laboral debía ir precedida de un procedimiento de doble consulta a estos interlocutores⁴⁰.

Pese al avance que supuso el Tratado y sus anexos, los progresos en materia de política social seguían dependiendo de la existencia de los estados de bienestar nacionales, cuya legitimidad en esta materia continuaba siendo sólida. Las particularidades de cada uno de los sistemas nacionales de relaciones laborales suponían una barrera efectiva ante las posibles actuaciones comunitarias de implantación de un régimen uniforme de legislación laboral común a todos los países. Aunque resulte contradictorio, el Tratado de Maastricht vino a reforzar este planteamiento, pues elevó al más alto rango normativo el principio de subsidiariedad, orientado hacia una comprensión restrictiva de las intervenciones comunitarias, sobre la idea de que la política social europea sólo debía desplegarse en aquellos campos estrictamente imprescindibles y, en particular, allí donde la actuación independiente de los propios Estados miembros no fuera suficiente para la consecución de la convergencia de objetivos⁴¹.

En consecuencia, aunque el debate social se centraba en la necesidad de alcanzar una convergencia en la materia, lo cierto es que la extensión y profundidad de la misma siguió condicionada por el contexto restrictivo general de ausencia de compromiso público en materia de política social y por el distinto peso de las tradiciones nacionales.

³⁷ Artículo 2 del TUE.

³⁸ Acuerdo sobre política social (Protocolo núm. 14 del TUE).

³⁹ El Acuerdo fue objeto de una cláusula de *opting-out* por parte del Reino Unido e Irlanda del Norte. Si fue de aplicación en los nuevos Estados miembros que se incorporaron a partir de Maastricht (Austria, Finlandia y Suecia).

⁴⁰ artículo 2.4 del Protocolo núm. 14 anexo al TUE.

⁴¹ Actual artículo 5.1 TUE (en la redacción original, artículo 3.b y Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al Tratado).

1.4.2. Tratado de Ámsterdam

Con la Conferencia Intergubernamental para la reforma de los Tratados Constitutivos⁴², y superada la autoexclusión del Reino Unido⁴³, se inició una nueva etapa en la construcción europea.

En esta nueva fase se intensificaron las preocupaciones derivadas de las carencias de legitimidad democrática de las Instituciones comunitarias y se planteó la necesidad de implicar al conjunto de los ciudadanos de los Estados miembros en el proyecto comunitario. Así, el debate se centró básicamente en la consolidación de la ciudadanía europea y, en particular, en la extensión de los derechos fundamentales y libertades públicas al ámbito de actuación de las propias Instituciones comunitarias. De ahí que se plantease la posible ratificación por la UE del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH y de la CSE de Turín, o bien su inserción en los Tratados Constitutivos.

Todo ello tuvo como resultado la firma del Tratado de Ámsterdam⁴⁴, que introdujo importantes novedades en materia social.

Este Tratado adoptó un compromiso y un lenguaje directo en relación a los objetivos sociales de la Unión al incorporar a los Tratados Constitutivos todo un conjunto de declaraciones programáticas y objetivos generales⁴⁵. A pesar de su inclusión en la exposición de motivos del texto comunitario -lo que implicaba ausencia de fuerza jurídica vinculante-, supuso el reflejo de la nueva filosofía compartida por todos los países miembros de la UE de integrar la política comunitaria dentro del acervo común, de manera que inspirase la acción normativa sucesiva e impulsase la actuación comunitaria en este ámbito, lo que reforzaría las competencias de la Unión en materia de relaciones laborales⁴⁶.

⁴² Prevista en el propio Tratado de Maastricht (artículo N.2 del texto original: "En 1996 se convocará una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros para que examine [...] las disposiciones del presente Tratado para las que se prevea una modificación").

⁴³ Con la llegada al poder de un nuevo gobierno en el Reino Unido, en mayo de 1997, se levantó la oposición británica en materia social. Este país manifestó su intención de incorporarse al Protocolo núm. 14 y su voluntad de aceptar las Directivas que ya se hubieran acordado de conformidad con dicho acuerdo, así como las que pudieran adoptarse posteriormente (Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anexo al Tratado de Ámsterdam, DOUE C 340, de 10 de noviembre de 1997).

⁴⁴ Firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la UE (DOUE C 340, de 10 de noviembre de 1997). Entró en vigor el 1 de mayo de 1999, tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros. España ratificó el Tratado mediante Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1998).

⁴⁵ Se añadió un nuevo considerando al TUE, que dice "confirmando su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la CSE firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la CDSFT de 1989 (...)".

⁴⁶ J. Cruz Villalón, *La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución*, en *Una aproximación al derecho social comunitario*, cit., p. 25.

Sin embargo, no se apreció una voluntad de intensificar la producción normativa de la UE conducente a la unificación de los Derechos nacionales del trabajo⁴⁷. Ello respondía a una nueva filosofía de intervención comunitaria a través de la coordinación de políticas, la fijación de principios generales de actuación y el establecimiento de objetivos comunes aplicables directamente en los Estados miembros.

La mayor innovación aportada por el Tratado de Ámsterdam al ámbito social consistió en configurar la política de empleo como una competencia más al servicio de los objetivos de la Unión⁴⁸. Representaría, junto con la unión económica y monetaria, el tercer elemento estratégico, de contenido sustantivo, para completar una dimensión socioeconómica del proceso de integración⁴⁹.

El desarrollo de esta competencia comunitaria se llevó a cabo con gran cautela y prudencia. Por contraposición a lo que ocurría en el campo de la política económica y monetaria, aquí existió una gran flexibilidad y una ausencia de imposición a los Estados miembros. Desde el principio se entendió que la actuación comunitaria se circunscribía al terreno de la coordinación de las políticas nacionales, dejando claro que la decisión sustancial acerca de cuál debía ser el contenido material de las políticas de empleo correspondía soberanamente a cada uno de los Estados miembros.

1.4.3. Tratado de Niza y Agenda Social Europea

Tras el Tratado de Ámsterdam tuvo lugar en Europa un gran debate sobre cómo hacer posible la ampliación de la Unión hacia nuevos Estados, sin menoscabo de la profundización y avances conseguidos en sus propias políticas⁵⁰.

⁴⁷ Prueba de ello es la limitada previsión anunciada en este terreno por el programa de acción comunitaria en materia social para los años siguientes. Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre su programa de acción social a medio plazo (1998-2000), COM (98) 259 final, de 29 de abril de 1998.

⁴⁸ El artículo 2 Tratado de Ámsterdam introdujo un nuevo Título VI bis en el TCE. En él se formuló la política de empleo como instrumento para lograr los objetivos de la Unión.

⁴⁹ La efectividad de la voluntad política de actuar sobre la situación del empleo en el ámbito europeo se manifestó con la puesta en práctica inmediata de los postulados y principios generales incorporados por el Tratado de Ámsterdam, incluso con anterioridad a la entrada en vigor formal de la propia reforma de los Tratados Constitutivos. Prueba de ello fue la celebración de un Consejo extraordinario Europeo en Luxemburgo, los días 20 y 21 de noviembre de 1997, dedicado monográficamente a la coordinación de la política de empleo y en el que se aprobó un documento por medio del cual se fijaron los pilares de actuación preferente, a desarrollar por las políticas nacionales de empleo: 1) mejorar la capacidad de inserción profesional; 2) desarrollar el espíritu de empresa; 3) fomentar la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas; 4) reforzar la política de igualdad de oportunidades. Para una referencia más en profundidad véase: Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo. Conclusiones de la Presidencia. Disponible en:

http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/%C2%B5.htm

⁵⁰ En este contexto tuvieron lugar los decisivos Consejos Europeos de Colonia y Tampere, celebrados en junio y octubre de 1999, respectivamente, en los que se decidió la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales y la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental para reformar las Instituciones

Poco más de año y medio después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se celebró en la localidad francesa de Niza un Consejo Europeo⁵¹, en el que se aprobaron tres documentos de gran importancia para el futuro de la UE: un nuevo Tratado modificativo⁵²; una CDFUE⁵³; y una Declaración relativa al futuro de la Unión que marcaría la estrategia a seguir, una vez abierto el camino a la ampliación⁵⁴.

Por lo que respecta al propio Tratado, lo cierto es que tuvo escasa relevancia para los principios del mercado interior. El objetivo del texto aprobado en Niza fue la preparación de las Instituciones europeas para la próxima ampliación de la UE, modificándose el sistema de ponderación de votos para la mayoría cualificada.

En Niza se adoptó también la Agenda Social Europea⁵⁵; para lo cual se invitó formalmente a los Estados miembros a que definieran sus prioridades de acción en el ámbito social. Los interlocutores sociales, el Consejo, la Comisión, el Parlamento y las ONGs fueron convocados también a la reflexión sobre el futuro social en Europa. Esta convocatoria, más abierta y democrática de lo que era habitual en los métodos comunitarios de trabajo, tuvo por objeto definir una propuesta social consensuada para los cinco años venideros.

Sin embargo, esta tarea no resultó fácil, ni operativa. Las divergencias de fondo y forma surgieron a lo largo de todas las sesiones de trabajo. No existió concordancia sobre el modelo social europeo, ni sobre los contenidos sociales, ni tan siquiera sobre los ritmos

Comunitarias con vistas a la ampliación. (Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Colonia, de 3 y 4 de junio de 1999, disponible en: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/kolnes.htm; Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, disponible en web: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm).

⁵¹ Los días 7 a 11 de diciembre de 2000.

⁵² Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001 (DOUE C 80/1, de 10 de marzo de 2001). Entró en vigor el 1 de febrero de 2003, tras haber sido ratificado por los 15 Estados miembros. Fue ratificado por España mediante Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2001).

⁵³ El Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la UE. De acuerdo con las aspiraciones de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el CEDH de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, los derechos económicos y sociales enunciados en la CSE y en la CDSFT, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del TJCE y del TEDH. La Carta fue solemnemente proclamada, pero no quedó incluida dentro del Tratado.

⁵⁴ En ella se hacía un llamamiento a un debate amplio y profundo sobre el futuro de la Unión. Su fundamento radicaba en la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros.

⁵⁵ En diciembre de 2000, el Consejo Europeo aprobó la Agenda Social Europea (DOUE C 157/4, de 5 de mayo de 2001), en la que se definieron, para los siguientes cinco años, las prioridades de actuación concretas en ámbitos de la política social: 1) un mayor número y una mejor calidad de los puestos de trabajo; 2) necesidad de anticiparse a los cambios del entorno laboral y sacar partido de los mismos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad; 3) conveniencia de luchar contra cualquier forma de exclusión y de discriminación para favorecer la integración social; 4) necesidad de modernizar la protección social; 5) fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer; 6) reforzar la dimensión social de la ampliación y de las relaciones exteriores de la UE.

de avance que debían seguirse. El esfuerzo de concertación se proyectó principalmente sobre los métodos e instrumentos de trabajo.

La Agenda Social, que se configuró como una propuesta ambiciosa para avanzar tras la escasez de Ámsterdam, evidenció nuevamente los recelos de soberanía de los Estados miembros en ámbitos sensibles a sus intereses nacionales⁵⁶.

2. LA RELACIÓN DE TRABAJO EN EL ACTUAL CONTEXTO INTERNACIONAL GLOBALIZADO

El trabajo ocupa un lugar primordial en la sociedad. Es, por una parte, el medio de vida del trabajador y de su familia. Pero, por otra, el trabajo es, en esa sociedad, el principal medio de identificación e inclusión social del individuo. Tan es así, que una de las primeras preguntas que se hacen sobre una persona que no se conoce, además del nombre y eventualmente la edad aproximada, es “¿y qué hace?”, “¿a qué se dedica?”, o “¿en qué trabaja?”. Pero también inclusión porque del salario y del trabajo depende toda la red de protección social que hace del trabajador un ciudadano en el sentido político y social del término: jubilaciones, pensiones, seguros sociales por enfermedad o accidente, etc⁵⁷.

Establecida dicha premisa, es un hecho incuestionable que la configuración clásica de la relación de trabajo ha experimentado alteraciones significativas como consecuencia de la evolución de la vida política, económica y social⁵⁸. El sistema laboral tradicional, basado en una relación de trabajo que vinculaba al trabajador con un mismo empleador, por tiempo indeterminado, para desarrollar una tarea claramente definida a cambio de una remuneración preponderantemente fija, se encuentra hoy superado en la mayoría de los casos.

⁵⁶ Véase, M. L. Espada Ramos, *Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia*, Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Núm. 35, 2001, p. 42.

⁵⁷ O. Ermida Uriarte, *Deslocalización, globalización y relaciones laborales*, Relaciones laborales, Núm. 21, 2010, p. 42.

⁵⁸ C. Esplugues Mota (coord.) afirma que hoy existe “un profundo incremento en el flujo comercial entre los distintos Estados; algo apoyado, en gran medida, por el enorme desarrollo tecnológico y el perfeccionamiento de los medios de transporte y comunicación (...) que viene acompañado de un paralelo incremento en cuanto a su complejidad”. En concreto, se observa que el mito de la “tipicidad” del contrato quiebra: las modalidades contractuales existentes hasta el momento se ven notablemente alteradas, apareciendo, asimismo, nuevas variedades”. En *Contratación internacional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 54.

Existen, en efecto, distintos factores de índole diversa que, de manera paulatina, han transformado -y continúan haciéndolo- las características tradicionales de los mercados de trabajo y, con ello, también los ordenamientos jurídicos⁵⁹.

Entre esos factores los costes centran, sin duda, nuestro pensamiento. No obstante, no son la única razón de dicho cambio. La prueba está en que los países más costosos (más “caros”, en lo que a mano de obra se refiere), siguen siendo los países privilegiados para la recepción de inversión extranjera directa. De hecho, la mayor parte de la inversión extranjera directa en el mundo sigue yendo a Estados Unidos⁶⁰; país, que ni mucho menos, es el más atrasado ni el que tiene menor legislación laboral.

Hay otros factores que provocan o estimulan, dicha transformación. En este sentido, la normativa desempeña también un papel determinante, aunque la ubicación geográfica y la competitividad empresarial son igualmente elementos cruciales, como veremos más adelante.

Todos estos factores se ven agravados en el actual escenario de globalización. No es fácil distinguir cuáles de ellos son causa directa de este fenómeno y cuáles son más o menos autónomas pero concurrentes con él. A lo largo de los siguientes apartados analizaremos la relación entre globalización económica, relaciones laborales y desplazamiento temporal de trabajadores a un país extranjero, lo que aconseja establecer previamente ciertas precisiones en torno al concepto mismo de globalización; el cual, no siendo el tema central de nuestra disertación, sí constituye su contexto.

3. GLOBALIZACIÓN ¿A QUÉ NOS REFERIMOS?

Intentar definir este término es un objetivo tan ambicioso como desmedido. En consecuencia y sin pretensión de exhaustividad, intentaremos limitarlo a algunos de los rasgos más visibles del campo de la economía, registro en el que, desde la óptica de las relaciones laborales, los cambios resultan quizá más evidentes.

Como idea de partida podríamos entender por globalización el proceso de apertura, integración e interdependencia de las economías nacionales a escala mundial en el que cobran importancia y se incrementan los movimientos económicos internacionales de

⁵⁹ Como observa F. Valdés Dal-Ré, “de entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, la laboral es, sin duda alguna, la más expuesta a la acción de factores exteriores. Por consiguiente, la necesidad de adaptarse a las mudanzas de su entorno forma parte del código genético del propio derecho del trabajo”, (véase, *El debate europeo sobre la “modernización del Derecho del Trabajo” y las relaciones laborales triangulares*, Relaciones Laborales, Núm. 1, 2009, p. 41).

⁶⁰ Datos obtenidos del Informe de Naciones Unidas, de junio de 2013, sobre *las inversiones en el mundo*. Disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2013overview_es.pdf

mercancías, servicios, capitales y personas por efecto de las nuevas tecnologías, las nuevas relaciones económicas y las políticas nacionales e internacionales. Sin embargo, la globalización no se reduce a esa única dimensión.

La globalización o mundialización⁶¹ lo invade todo, es un fenómeno polivalente, aunque fundamentalmente económico –que en realidad no es tan nuevo- y que se caracteriza por la supresión de obstáculos que, tradicionalmente, habían venido constriñendo la circulación transnacional del capital. Pero es algo más porque también asistimos a una globalización cultural, sobre todo del mundo anglosajón⁶², y a una globalización ideológica que apunta a la conformación de pensamiento único. Así, y en opinión de Lallement, es un término que debería utilizarse en plural –globalizaciones-⁶³.

A veces se habla de Marco Polo como el primer globalizador⁶⁴. Es común, tanto en España como en América latina, que algunos pensadores mantengan que la globalización empezó en 1492 con el descubrimiento de América⁶⁵, primera mundialización, primera universalización –comercial, militar, cultural y geográfica, etc.–. Otros, en cambio, consideran a la globalización como un hecho actual, cualitativamente diferente a las etapas anteriores⁶⁶.

⁶¹ Hay autores que realizan una distinción conceptual entre ambos términos. Tal es el caso de M. A. Purcalla Bonilla: “En ocasiones, en lugar de emplear el término globalización se alude a otros como *internacionalización* o *mundialización*, pero estos términos no son, según entiendo y desde un punto de vista semántico, sinónimos de globalización. El primero (internacionalización), porque se refiere, en puridad, a las relaciones entre Estados, mientras el segundo (mundialización) se refiere a un proceso de participación común de los ciudadanos del mundo en determinados valores o bienes” [*Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate*, Aranzadi Social, Vol. V, 2002, p. 312]. Por su parte, J. B. Auby, observa que “mientras que las grandes lenguas vecinas utilizan una única expresión (“*globalization*” en inglés, “*globalización*” en español, “*globalizzazione*” en italiano, “*globalisierung*” en alemán), el francés, por desgracia, se ha provisto con dos términos sobre los que reina una gran incertidumbre; en cualquier caso, se puede hablar de todo excepto de consenso. Todo lo que percibimos claramente –si se puede decir- es que *globalización* tiene habitualmente una connotación peyorativa que, por su lado, no tiene necesariamente el término mundialización” [*Globalización y descentralización*, Revista de Administración Pública, Núm. 156, 2001, p. 7].

⁶² En palabras de F. Cavas Martínez, la globalización cultural más bien supone una pérdida de identidad cultural por parte de muchas comunidades (*Globalización y relaciones laborales*, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. I, Núm. 3, enero 2008, p. 203).

⁶³ M. Lallement, *Globalización, ¿qué podemos decir de ella?*, Cuadernos Relaciones Laborales, Vol. 19, 2001, p. 31.

⁶⁴ O. Ermida Uriarte, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, Iuslabor, Núm. 1, 2007, p. 5.

⁶⁵ Entre otros: F. Fernández-Armesto, *1492: El nacimiento de la modernidad*, Debate- Random House Mondadori, Barcelona, 2010, *passim*; y J. L. Blondel, *La globalización: análisis del fenómeno y de sus incidencias para la acción humanitaria*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 855, Septiembre 2004. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/66kjpl.htm>

⁶⁶ La diferencia radica en que la interdependencia económica reviste ahora tal intensidad que vuelve a las economías nacionales muy vulnerables frente a decisiones procedentes desde fuera del ámbito de soberanía del Estado, frecuentemente adoptadas en una sociedad de negociantes. Véase, *Panorama de la globalización y el papel de los Estados-Nación en las relaciones laborales*, Editorial del Núm. 20, Revista de Derecho Social, Bomarzo, 2002, p. 5.

Más allá de sus diversos aspectos y manifestaciones -cuya variedad la convierten en un fenómeno complejo, multifacético y dinámico-, y no importando tanto dónde esté su origen, la globalización es comúnmente reducida, en su más íntima esencia, a la profundización y expansión de la economía capitalista y de sus postulados teóricos (libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc)⁶⁷. A lo que se suman algunas novedades que aceleran sustancialmente el proceso, en especial la revolución tecnológico-informática, que produce la compresión o compactación del espacio y del tiempo; lo que se traduce, a su vez, en una reducción o achicamiento de la geografía ⁶⁸. Hoy es muy fácil comunicarse y desplazarse poco menos que instantáneamente a cualquier parte del mundo. La movilidad y la comunicación instantánea son una particularidad de esta etapa de la globalización. Y como tal, se vuelven un requisito de élites; para ser élite o líder, hay que ser de desplazamiento rápido y disponer de cierto don de ubicuidad.

El fenómeno de la globalización se consolidó a partir de la década de 1980 con la implantación del modelo neoliberal en las economías nacionales, fundamentado en la economía de mercado abierto, la menor intervención del Estado, la alta productividad y la tecnología moderna, sin importar el impacto que pudiera tener sobre el sector social.

En el sistema económico predominante antes de la globalización, más allá de preocupaciones sociales de gobiernos y empleadores por las condiciones de vida y trabajo de la población en general y de los trabajadores en particular, había un interés egoísta de ambos en mantener cierto poder adquisitivo de la población, ya que se producía para esos consumidores. La población nacional constituía “el mercado” de esa industria que procuraba, con la ayuda del gobierno, sustituir las importaciones. En cambio, en el nuevo sistema de economía globalizada, de libre comercio internacional ni empresarios, ni gobiernos tienen ya interés en mantener el poder adquisitivo de *su* población, ya que ésta cada vez constituye menos *su* mercado⁶⁹. A día hoy día- y en la mayoría de los casos- el “mercado” se encuentra fuera de fronteras⁷⁰.

Aunque a lo largo de los siguientes apartados profundizaremos en su análisis, podemos avanzar aquí aquellos campos en los que el proceso de globalización ha tenido y sigue teniendo mayor impacto.

En el ámbito económico, la globalización trata de lograr una utilización eficiente de los recursos a nivel mundial, constituyendo la relación precio-coste la referencia básica y esencial. Pero además, la globalización fortalece una dinámica de cambio, de manera

⁶⁷ F. Cavas Martínez, *Globalización y relaciones laborales*, cit., p. 203.

⁶⁸ En palabras de O. Ermida Uriarte, “Hoy la localización es una minusvalidez, un handicap, un confinamiento”, en *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, cit., p.5.

⁶⁹ De nuevo, F. Cavas Martínez, *Globalización y relaciones laborales*, cit., p. 205.

⁷⁰ O. Ermida Uriarte, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, cit., p. 3.

que sea posible reducir los costes unitarios en magnitudes significativas mediante una utilización generalizada de los recursos disponibles, cualquiera que sea su localización. Esto es, propicia una nueva forma de organizar los recursos disponibles en las más diversas localizaciones.

Por lo que al ámbito empresarial se refiere, la globalización exige una orientación más a los procesos que a los esquemas funcionales tradicionales; lo que, como veremos, frecuentemente exige una participación de empresas de distintos países en el proceso productivo. La transnacionalidad se posiciona como punto de referencia del comportamiento económico, imponiendo a su vez una reflexión sobre las normas de gobierno de las empresas. En consecuencia, el propio *management* empresarial ha de orientar su actividad a un cambio permanente e intercultural como consecuencia de lo anterior.

Finalmente, y desde el punto de vista de su impacto social, este fenómeno implica una internacionalización generalizada de los procesos de desarrollo y una utilización eficiente de los potenciales sociales de cada país. La globalización ha generado y generará, sin duda, importantes impulsos para el desarrollo social y para la integración de muchos países en un progreso global, cambiando así el esquema tradicional de relaciones entre los países desarrollados y aquellos en vía de desarrollo.

La globalización ha traído consigo aspectos positivos - apertura de mercados, apertura al exterior de culturas antaño cerradas en sí mismas y difusión de valores ligados a la democracia⁷¹-, y sin duda ha incrementado la eficiencia y el crecimiento económico. Pero también ha generado problemas y ha acentuado otros ya existentes que afectan, por lo que a nosotros interesa, al mercado de trabajo. Este fenómeno ha supuesto mayores desequilibrios y desigualdades dentro de los mercados de trabajo nacionales –incluso en los países del primer mundo-, ha incrementado las diferencias retributivas entre los trabajadores cualificados –en particular, los altos directivos- y los menos cualificados y ha traído mayor precariedad, inestabilidad y desempleo⁷². En este escenario global, el trabajo se convierte en un factor económico más, desasistido de toda connotación social y moral⁷³. La competitividad de la empresa en el mercado global se convierte en el bien supremo al que se subordinan los demás. La globalización ha potenciado la competencia más feroz del todo vale con tal de engrosar la cuenta de beneficios. El interés individual

⁷¹ Entre otros, la incorporación de la mujer al trabajo, el acceso generalizado a la información, la difusión y la aplicación del conocimiento a escala planetaria gracias a las telecomunicaciones, etc.

⁷² M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Política, globalización y condiciones de trabajo*, Relaciones Laborales, Núm. 11, 2000, p. 5.

⁷³ Naturalmente, tal y como señala F. Cavas Martínez, este proceso va acompañado de una ideología legitimadora, que tiende a privilegiar el capital sobre el trabajo (*Globalización y relaciones laborales*, cit., p. 206).

se prioriza al general y el egoísmo tiende a ser considerado motor de progreso⁷⁴.

En conclusión, la globalización es un complejo haz de luces y sombras; un fenómeno polivalente y contradictorio con consecuencias generales, que por un lado despierta compasión y solidaridad, y en otros casos ocasiona desigualdades, pobreza y desilusión. Como señala Suárez González, “la globalización es un hecho, no una doctrina, y como tal no permite que se esté conforme o disconforme; simplemente, hay que aceptarlo”⁷⁵.

3.1 SU IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES

Es un hecho incuestionable que la configuración clásica de las relaciones de trabajo viene experimentando significativas alteraciones en los últimos tiempos como consecuencia de la evolución de la vida política, económica y social⁷⁶.

Analizar las implicaciones entre la globalización y las relaciones laborales resulta una tarea ardua. De hecho, son numerosos los estudios dedicados a este asunto⁷⁷. No obstante, todos comparten la siguiente premisa: la globalización -entendida como proceso y realidad presente que se manifiesta en el aumento considerable del comercio mundial, el incremento incesante de las inversiones transnacionales y la organizada producción de bienes y servicios a escala internacional⁷⁸- contribuye a la intensificación de las transacciones supranacionales.

La expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras nacionales genera nuevos sistemas de organización productiva que repercuten, de diferentes formas, en la ordenación de las relaciones de trabajo. La internacionalización de la economía y, con ella, la de empresas acaban por crear un único mercado de trabajo: el internacional⁷⁹.

⁷⁴ En este sentido, F. Cavas Martínez, *Globalización y relaciones laborales*, cit., p. 206.

⁷⁵ F. Suárez González, *La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general*, en AA.VV. (Coord. J. García Murcia), *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, p. 27.

⁷⁶ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 33.

⁷⁷ Entre otras, véase: F. Durán López, *Globalización y relaciones de trabajo*, en AA.VV. (Coord. J. García Murcia), *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2001, pp. 15 y ss.; J.R. Mercader Uguina, *El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización*, en AA.VV. (Coord. W. Sanguinetti Raymond y A. García Laso), *Globalización económica y relaciones laborales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 95-118; y F. Suárez González, *La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general*, cit., pp. 19-37.

⁷⁸ F. Pérez de los Cobos Orihuel, *Sobre la “Globalización” y el futuro del Derecho del Trabajo*, Documentación Laboral, Núm. 60, 1999, p. 24.

⁷⁹ De nuevo, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 33.

Por otro lado, la extensión de los acuerdos de libre mercado, el levantamiento de las trabas a la exportación o la eliminación de las barreras arancelarias también han contribuido a la configuración del nuevo orden mundial. Los Gobiernos nacionales, unos con entusiasmo otros con resignación, no sólo no han frenado la liberalización de los mercados, sino que han puesto las bases necesarias para ello. Prácticamente todos los países han abierto sus economías nacionales, han desmontado en algún grado barreras y regulaciones y han ampliado el margen de ejercicio de la libertad de empresa para favorecer la entrada de capital extranjero en sus sistemas económico-financieros.

Ante los cambios que se venían produciendo en la configuración de las relaciones internacionales y, como consecuencia de lo anterior, la generación de un inmenso Mercado, las empresas tuvieron que adaptar sus sistemas de organización productiva para poder operar en él. La preocupación por la competitividad internacional de la empresa se sitúa en primer plano, repercutiendo inevitablemente en el sistema de relaciones laborales que hasta la década de los ochenta había tenido lugar. Recordemos que aquel sistema tradicional se basaba en una relación de trabajo que vinculaba al trabajador con un mismo empleador, por tiempo indeterminado, para desarrollar una tarea claramente definida a cambio de una remuneración preponderantemente fija y que era regulada por el Estado y por el sindicato.

Frente al sistema tradicional, las notas que podríamos considerar características del nuevo modelo de relaciones laborales surgido de la globalización e impulsado por los efectos del avance tecnológico serían las siguientes:

Internacionalidad. La globalización, como acabamos de ver, supone internacionalización. Y en ese nuevo escenario, mayor y diferente, es necesario reestructurar a los actores o crear otros nuevos y apropiados para la dimensión del nuevo escenario y de las relaciones que inevitablemente surgirán en él.

La globalización económica o de la producción va acompañada de la compresión del espacio-tiempo, a tal punto, que las empresas deben estar dotadas de movilidad y posibilidad de comunicación instantánea. Esto se traduce en un necesario redimensionamiento del sistema de relaciones laborales. En efecto, un sistema nacional de relaciones laborales se revela cada vez más impotente para incidir en un terreno que está más allá de sus límites físicos. La globalización supone la internacionalización del contexto de las relaciones laborales. Y dicha internacionalización exige igualmente la internacionalización de los actores y de sus relaciones. En este sentido, hoy la empresa, por pequeña que sea, no suele limitar su espacio de trabajo a las fronteras nacionales, máxime con la posibilidad que las nuevas tecnologías ofrecen en la actualidad.

No obstante, no debemos entender que este rasgo se refiere únicamente a empresas, trabajadores y mercado, también alude a la normativa encargada de regular esta relación triangular. Las legislaciones nacionales resultan ineficaces para controlar fenómenos que se desarrollan o tienen sus causas a otro nivel. Los Convenios Internacionales del Trabajo, los grandes Pactos y Declaraciones de derechos humanos, las Cartas sociales, o las cláusulas sociales, son algunas de las formas adoptadas para ubicar la red normativa al nivel de desarrollo de los fenómenos que debe regular. Un sistema internacional de relaciones laborales debe desarrollar una red normativa internacional⁸⁰.

Flexibilidad. Consecuencia de la mayor sensibilidad de la empresa a los avatares de la competencia internacional y a las variables externas que puedan afectarle.

Tengamos en cuenta además que la creciente sustitución de mano de obra por tecnología permite, como regla general, producir más y mejor con menor número de trabajadores.

Ante este panorama y para tratar de conseguir la permanencia, el trabajador casi ha de sentir la empresa como propia, involucrándose en los objetivos de la misma⁸¹. Esto implica ser polivalente y asumir una más que posible flexibilización de las condiciones de trabajo en función de las necesidades productivas e, incluso, una movilidad geográfica. Estos instrumentos de flexibilización de la relación de trabajo no son impuestos por la globalización, pero sí se han visto impulsados o acentuados por ella.

En consecuencia, la relación laboral actual exige al trabajador una gran capacidad de adaptación en función de las condiciones de mercado en el que opera su empresa.

Temporalidad. La flexibilización alude también a otra dimensión, y es la de proporcionar formas de contratación laboral acordes con la configuración del mercado actual. Esto es, la flexibilidad se configura también como una forma de organizar las empresas ante un nuevo entorno muy competitivo.

Los contratos temporales, inicialmente, eran utilizados de manera excepcional para suplir eventuales necesidades de la empresa, como exceso de trabajo, sustitución del personal, etc. Sin embargo, con la inestabilidad financiera y las variaciones en el mercado, el trabajo indefinido, regulado por el ordenamiento jurídico, se convirtió en una pesadilla para las empresas. Éstas no quieren tener una relación contractual duradera, dada la rigidez de las normas y el proteccionismo excesivo en relación al despido de trabajadores; lo que implicó una disminución de la contratación indefinida y un aumento de la contratación temporal. Las empresas no quieren y no pueden soportar más riesgos de los que son inherentes a la propia actividad.

⁸⁰ O. Ermida Uriarte, *Deslocalización, globalización y relaciones laborales*, cit., p. 50.

⁸¹ O. Ermida Uriarte, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, cit., p.46.

El volumen de trabajadores sometidos a contratación temporal ha crecido ininterrumpidamente desde los años 90⁸². Esta tendencia no expresa un momento coyuntural, sino una característica del mercado de trabajo actual. Mercado, que tiene lugar en un contexto socioeconómico, marcado por una acentuada crisis económica operada a escala mundial, lo que hace aún más imperiosa, si cabe, la búsqueda de la estabilidad del puesto de trabajo.

En el caso de España, la elevada tasa de temporalidad constituye una singularidad dentro del contexto europeo. Ningún país de la UE alcanza las cotas de temporalidad y la persistencia de las mismas en niveles tan altos como las que se producen en nuestro país a lo largo de los últimos 25 años⁸³.

Definitivamente, la globalización, en cuanto último estadio conocido de la producción capitalista, se viene extendiendo de la mano de las nuevas tecnologías de la información, el conocimiento y las comunicaciones por la vía de la descentralización productiva, como veremos en breve. Esta nueva forma global de organizar la producción afecta sin duda a las relaciones laborales, hasta el punto de que se vienen modificando los ordenamientos jurídico-laborales, en aras de satisfacer, del mejor modo posible, ese alcance universal del tráfico de bienes y servicios, conocido como competitividad.

3.2 ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES

A lo largo del apartado anterior hemos ido viendo cómo la globalización contribuye a la intensificación de las transacciones supranacionales. Las actividades empresariales se expanden más allá de las fronteras nacionales, generando nuevos sistemas de organización productiva que repercuten de diferentes formas en la ordenación de las relaciones de trabajo. La internacionalización de la economía y, con ella, la de las empresas acaban por crear un único mercado de trabajo: el internacional⁸⁴.

⁸² Datos obtenidos de la Oficina de estadística de la Unión Europea, EUROSTAT. Disponible en: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>.

⁸³ La tasa de temporalidad del conjunto de países de la UE sigue una trayectoria ascendente en el periodo analizado, pero que nada tiene que ver con la dinámica española. Así, podemos indicar que en los últimos 25 años se ha incrementado en 14 puntos porcentuales, pasando de un 9% en 1987 a un 23.1% en 2013; lo que muestra un incremento significativo del conjunto de asalariados que trabajan con un contrato eventual en el conjunto de la UE, pero muy alejado de los niveles alcanzados por España. Únicamente Polonia superó los niveles de España en el año 2013. Información facilitada en JV. Pitxer i Campos, A. Sánchez Velasco, R. Lorente Campos y A. Guamán Hernández, La dinámica de la temporalidad en el mercado laboral español en las dos últimas crisis: cambios normativos, modelo productivo y prácticas empresariales, XIV Jornadas de economía crítica. Perspectivas económicas alternativas, Valladolid, 4 y 5 de septiembre de 2014. Disponible en: http://www5.uva.es/jec14/comunica/A_EL/A_EL_2.pdf

⁸⁴ Véase nota a pie 79.

Señalábamos además que en ese marco, el sistema tradicional de relaciones laborales viene sufriendo cuestionamientos y cambios de diversos orígenes. No es fácil distinguir cuáles de ellos provienen directamente de la globalización y cuáles de otras causas más o menos autónomas, pero concurrentes. Es más, no sería riguroso sostener que el imperio de la globalización es condición *sine qua non* para el desarrollo de experiencias de trabajo temporal en el extranjero. No obstante, no ha lugar a dudas, que el desarrollo y expansión de la primera facilitan la puesta en práctica de las segundas⁸⁵.

La apertura de los mercados económicos y financieros hacia las transacciones globales empuja a las empresas a competir igualmente a nivel supranacional como maniobra de supervivencia, lo cual viene acompañado de la toma de medidas también respecto de la plantilla. La introducción o modificación de cláusulas contractuales referidas a movilidad geográfica temporal puede ser una medida apta para mantener niveles estables de competencia⁸⁶. Se trata de la opción que, frente a otras más radicales como la subcontratación, implica menos alteraciones en la estructura organizativa de la empresa y conviene más a los trabajadores de cara a la conservación de su puesto de trabajo, aunque sea sufriendo eventualmente ciertas consecuencias negativas, como veremos más adelante.

Así, el grado con el que esta flexibilidad de carácter funcional –en el sentido de utilización más eficaz de los trabajadores de acuerdo con las necesidades de la producción⁸⁷– repercute en el desarrollo de desplazamientos transnacionales de trabajadores resulta elevado, habida cuenta que es una de las estrategias empresariales más utilizadas a la hora de una optimización productiva compatible con la conservación de los puestos de trabajo⁸⁸. Esta circunstancia, unida a la progresiva expansión de las

⁸⁵ Entre otros, y aunque limitado al proceso de integración europea, apoyan esta tesis y defienden que la movilidad transnacional es producto de la globalización (e internacionalización) de la economía europea: J. M. Gómez Muñoz y P. T. Rodríguez-Ramos Velasco, *La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea*, en AA.VV. (Coord. J. Cruz Villalón, y T. Pérez del Río), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, cit., p. 35.

⁸⁶ Comparten esta afirmación, entre otros, C. Molina Navarrete y G. Esteban de la Rosa, “todas estas formas de exteriorización o de gestión externa de obras y servicios mediante diferentes modalidades negociales o de mercado (v.g. contrato) y/u organizativas (v.g. poder de dirección unitario o jerarquía), responden a una misma idea: obtener una ventaja competitiva mediante una gestión empresarial basada en la reducción del importe de los costes del trabajo como consecuencia del desplazamiento al exterior de su organización por parte de los trabajos necesarios para el fin de la empresa”. Véase, *mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Revista de trabajo y seguridad social, Centro de Estudios Financieros, Núm. 205, 2000, p. 10.

⁸⁷ Sobre el fenómeno de la flexibilidad, véase R. Boyer, *Flexibilidades del trabajo: Formas contrastadas, efectos mal conocidos*, Trabajo y Sociedad, Núm. 1, Vol. 12, 1987, pp. 123-149; y J. Rubery, R. Tarlin y F. Wilkinson, *Flexibilidad, comercialización y organización de la producción*, Trabajo y Sociedad, Núm. 1, Vol. 12, pp. 151-175.

⁸⁸ Sin embargo, tampoco son infrecuentes las prácticas de utilización más o menos directa de capital humano externo o ajeno en el seno de empresas con actividad transnacional. Tan es así, que para A. Ceinos Suárez e I. González del Rey Rodríguez, no existe más que una dimensión de salida en la relación entre el trabajo y el fenómeno de la globalización, que consiste en la “deslocalización o relocalización de actividades productivas de empresas cuyos centros de decisión se encuentran en países ricos, mediante la

empresas más allá de las fronteras nacionales, nos lleva a concluir que la mayor flexibilidad funcional afecta directamente a los desplazamientos temporales de trabajadores a países extranjeros. Del mismo modo que la competencia empresarial supone el aspecto de la liberalización económica que más influye en este tipo de desplazamientos laborales.

Por otro lado, los avances tecnológicos y el desarrollo de las comunicaciones y de los transportes, aspectos todos ellos que tan vinculados se encuentran a la expansión de la economía de mercado neoliberal, facilitan la ejecución del trabajo en el extranjero. La incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones de trabajo propicia la minimización de las inevitables molestias que traen consigo los desplazamientos transnacionales de trabajadores, al tiempo que facilita, tanto funcional, como logística y económicamente, el desarrollo de la actividad productiva⁸⁹.

Todos estos factores dibujan un contexto que se presenta especialmente propicio para la puesta en práctica, si no la multiplicación, de experiencias de movilidad transnacional temporal de trabajadores. Este argumento no viene más que a refrendar que la globalización económica es un factor determinante en el incremento de desplazamientos de trabajadores a nivel internacional⁹⁰, aunque, como veremos, también existen otros.

4. TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA CLÁSICO

La presencia dominante de nuevas formas de organización de la empresa y la globalización de la economía son dos realidades incuestionables.

Como señala Cruz Villalón, resulta conveniente tener una comprensión y conocimiento fundado del fenómeno sobre el que intervienen las normas para poder realizar una acertada valoración jurídica del mismo⁹¹. En el desarrollo de este epígrafe y de los siguientes subepígrafes trataremos de evidenciar las proyecciones que ambas realidades

instalación o subcontratación total o parcial de su producción en otros países con costes, especialmente laborales y medioambientales, más bajos” (*Globalización del trabajo y códigos de conducta de empresas multinacionales del sector textil*, en AA.VV. (Coord. R.J. Escudero Rodríguez), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 466 y ss.)

⁸⁹ Para un análisis amplio sobre las repercusiones de la tecnología sobre el empleo, véase C. Algar Jiménez, *El Derecho Laboral antes el reto de las nuevas tecnologías*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

⁹⁰ En definitiva, como afirma F. Pérez Amorós, “el Derecho del Trabajo ha estado, está y estará muy condicionado por la economía, siendo así que los constantes cambios de orientación de la misma, al provocar necesariamente nuevas formas de producción y nuevas formas de organizar el trabajo en el son de las unidades productivas, también generan nuevas formas de trabajar y en consecuencia la aparición de nuevos tipos de trabajadores”. Véase, *Retos del Derecho del Trabajo del futuro*, Revista de Derecho Social, Núm. 32, 2005, pp. 53.

⁹¹ J. Cruz Villalón, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit., pp. 7

tienen en el ámbito jurídico-laboral, concretamente en el campo de la movilidad temporal de trabajadores.

El estudio de un sector del ordenamiento jurídico tan sensible a los cambios sociales y económicos como el representado por los fenómenos de movilidad geográfica temporal de trabajadores, y más concretamente, las prestaciones de servicios transnacionales, no puede ser completo si no se toma en consideración el contexto de cambio en el que se desenvuelven las normas que lo rigen.

Antes de continuar considero conveniente aclarar que no vamos a llevar a cabo un minucioso análisis de los procesos de cambio empresariales -pues nos alejaríamos demasiado de nuestra materia de estudio-, pero sí vamos a ver sus causas, su objetivo único y la nueva forma organizativa básica de la empresa.

Es incuestionable que la globalización ha transformado la forma en que las empresas – sin importar su dimensión⁹²- llevan a cabo sus cometidos, pero, sobre todo, ha tenido un impacto muy importante en la propia organización de las mismas.

A lo largo de la década de los ochenta se puso de manifiesto que el modelo de organización de la producción desarrollado en los sesenta carecía de toda viabilidad⁹³. Aquel modelo consistía, en un ejercicio de simplificación extrema, en la integración, en un mismo ámbito, de todas las actividades y funciones necesarias para la realización de los productos o servicios⁹⁴. La empresa aparecía como una realidad tangible identificada con el resultado, en el que residía su finalidad lucrativa. Estaba pensada como una organización vertical⁹⁵, en la que la producción reunía todas las etapas necesarias para

⁹² Sería un error pensar que las grandes empresas son las únicas que han optado por la vía global.

⁹³ En los años cincuenta y sesenta la referencia, en cuanto a organización de la producción, venía constituida por las empresas estadounidenses del sector industrial compuesto, mayoritariamente, por empresas caracterizadas por su gran tamaño, por ser monoproductoras, estar integradas verticalmente y contar con el modelo fordista de organización de la producción.

El término “fordismo” (derivado del apellido de Henry Ford, fundador de la compañía Ford Motor Company) se utiliza para resumir una serie de innovaciones en la fabricación, introducidas en las dos primeras décadas de este siglo en los EEUU -como modelo de producción industrial- y, a partir de entonces, generalizadas en todo el mundo. Consiste en la producción en serie y en el modelo de cadena de montaje, al utilizar maquinaria con fines especiales y, principalmente, trabajadores no cualificados en una división del trabajo basada en una fragmentación de tareas cada vez mayor. Este modelo surge de la eficiencia tecnológica, de la producción planificada, basada en la separación entre concepción y ejecución, y de la eficiencia económica de fábricas de gran escala.

La década de los setenta marcó la transición hacia nuevas formas de organización de la producción. Productividad y modernización son los sellos distintivos de la nueva organización, que aparece ya orientada hacia un objetivo central: la competitividad.

En profundidad, véase A. Bilbao, La globalización y las relaciones laborales, Cuadernos de Relaciones Laborales, Núm. 15, Serv. Publ. UCM, Madrid, 1999, pp. 123-137.

⁹⁵ El modelo vertical de empresa tenía una fuerte división del trabajo entre los que poseían funciones de mando y/o responsabilidades –a quienes correspondía una recompensa mayor-, y aquellos que desempeñaban funciones menos elaboradas y con más esfuerzo físico. El trabajo era dividido en

convertir la materia en el bien que se entregaba al mercado.

Son muchas las causas que determinaron la modificación de aquel sistema de producción. Entre ellas, cobran especial importancia la apertura de los mercados, la liberación de flujos de capital y la aparición de las nuevas tecnologías. Los cambios derivados de ese nuevo escenario económico hicieron que los riesgos para las grandes empresas aumentasen, haciendo depender su propia supervivencia de un replanteamiento de su sistema organizativo. La transformación de los procesos de producción nació, pues, como respuesta a las exigencias de esa nueva situación económica.

El modelo anterior ya no era suficiente, por tanto, para satisfacer las exigencias del mercado globalizado; lo cual provocó la aparición de “nuevas formas de producción e intercambio de mercancías y servicios y con ello, de la propia organización empresarial, que necesariamente debía adaptarse al mercado”⁹⁶.

Con el sistema de producción en serie, las empresas no eran capaces de prever el posible desplome de la demanda de determinados productos, pero sí eran conscientes de que si mantenían su ritmo de producción anterior tendrían, seguramente, grandes pérdidas económicas. Por esa razón, las grandes empresas dejaron, poco a poco, de producir en grandes cantidades y pasaron a una mayor especialización en la producción de su bien final; comenzando además a establecer vínculos de cooperación con otras para así obtener más ventajas frente a la competencia. Es decir, empezaron a concentrar su actividad en la realización de sus cometidos principales y a delegar la ejecución de ciertas tareas secundarias en otras empresas. Aquellas empresas, que antes controlaban y gestionaban directamente la fase final de comercialización del producto y el contacto directo con el mercado de bienes y servicios, dejaron de ser productoras/prestadoras centrales y únicas. La transformación del aparato productivo dio lugar así a un fenómeno de carácter centrífugo a través del cual se produjo la salida de segmentos del proceso productivo hacia el exterior de las empresas.

A su vez, las innovaciones tecnológicas permitieron sustituir -en algunas fases- el sistema de producción en masa por series cortas de producción de bienes, primando así la capacidad de reacción, de flexibilidad y de adaptación –algo imprescindible para enfrentarse a un mercado caracterizado por fuertes cambios repentinos-.

La descentralización -cuyos rasgos principales o señas de identidad son la fragmentación del ciclo productivo y la externalización de determinadas fases, funciones o actividades del mismo- no deja de ser, por tanto, una estrategia de flexibilidad para hacer frente a

departamentos y estaba visiblemente clara la compartimentación de funciones entre ellos. F. Valdés Dal-Ré, *La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa*, Relaciones Laborales, Vol. II, 2001, p. 63.

⁹⁶ M.M. Sánchez Álvarez, *Nuevas formas de organización empresarial, Deslocalización, Descentralización y Externalización. Empresa Principal, Contratadas y Subcontratadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Núm. 15, 2005, pp. 111 y 112.

unos niveles de incertidumbre muy superiores a los de tiempo pasados⁹⁷.

Las empresas tratan de adaptarse así al nuevo entorno global donde competidores nacionales y extranjeros pugnan diariamente, adoptando estrategias que les permitan permanecer, y en lo posible, crecer en el mercado; así como introducirse en otros nuevos. En definitiva, medidas que les permitan obtener una mayor competitividad, lo que en opinión de la doctrina "implica un cambio de mentalidad muy importante a la hora de diseñar la actividad empresarial y su *management* y exige instituciones que de manera rápida asuman los nuevos diseños organizativos, así como personas dispuestas a realizar nuevos comportamientos"⁹⁸.

Esta nueva forma de organización se aprecia fácilmente en las grandes y medianas empresas, si bien no existe prohibición alguna de que también las pequeñas empresas las utilicen, aunque su capacidad resulte muy limitada.

El aumento de las pequeñas empresas en el escenario mundial hace que constituyan una parte sustancial del tejido empresarial, pues son imprescindibles para la ejecución de una parte de la producción y contribuyen a una mayor interdependencia empresarial. El acceso a los avances tecnológicos y de información ha permitido a las empresas de reducidas dimensiones un contacto más rápido con otras empresas, así como también unas transacciones más ágiles entre ellas. De esta forma se produce una propagación sin límites de la descentralización, ya que es más ventajoso y rentable para las empresas el recurso a la contratación de otras auxiliares dedicadas a la ejecución de parte o partes de su producción.

Tanto las grandes como las pequeñas empresas se sirven de la descentralización. Las primeras buscan disminuir la rigidez subdividiéndose en pequeñas unidades de producción capaces de atender a diversos tipos de mercado. Por su parte, las pequeñas empresas, en tanto que unidades de producción muy especializadas, ejecutan las actividades⁹⁹.

La descentralización o externalización no es un fenómeno nuevo. Tradicionalmente, han existido actividades (de apoyo, de distribución, de comercialización, de servicios conexos) que no son realizadas por la empresa principal. Lo que resulta novedoso es la intensidad con la que se viene llevando a cabo en los últimos 20 años. La descentralización productiva se ha generalizado y expandido. Es un fenómeno

⁹⁷ J. Rivero Lamas, *Proyecciones de la descentralización productiva. Instrumentación jurídico-laboral*, en AA.VV. (J. Rivero Lamas y A.L. De Val Tena, Coord.), *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 27.

⁹⁸ S. García Echevarría, *La globalización de la economía como motor de cambio económico-social y empresarial*, Situación: revista de coyuntura económica, Núm. 3, 1996, p.12.

⁹⁹ F. Blat Gimeno, *El marco socioeconómico de la descentralización productiva*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 41.

masivamente utilizado en la producción de toda suerte de bienes y en la prestación de todo tipo de servicios.

Como consecuencia de esta generalización, la descentralización de la producción se ha convertido en un fenómeno poliédrico¹⁰⁰, que se resiste a ser encuadrado en patrones uniformes, sean estos de carácter organizativo o de naturaleza jurídica. En cuanto a la esfera organizativa, todos los cambios que hemos apuntado antes no han arrojado un único modelo o tipo de organización productiva, aunque sí es posible identificar dos arquetipos básicos de economías descentralizadas atendiendo al tipo de relación interempresarial que se establezca: el modelo de subcontratación dependiente y las redes empresariales locales¹⁰¹.

En el modelo de subcontratación dependiente -probablemente el más conocido y empleado en sistemas de producción en masa- la externalización se lleva a cabo a partir de una gran empresa dominante que actúa como “epicentro” desde donde se desgajan parcelas muy delimitadas de la producción a pequeñas empresas auxiliares, que, como regla general, no tienen acceso directo al mercado de consumo y desarrollan su actividad económica en exclusiva para la empresa principal.

Frente a aquél, los modelos de redes empresariales locales se caracterizan por la inexistencia de empresa central. Suponen un conglomerado de empresas de potencial y dimensiones semejantes que, actuando en un ámbito territorial relativamente bien predefinido, establecen relaciones de cooperación, especializándose en la fabricación de determinados productos o en la prestación de un determinado servicio no destinado para el mercado final de consumo. Los distritos industriales constituyen el ejemplo por excelencia de este modelo de producción¹⁰².

A pesar de las diferencias entre ambos modelos existe un elemento común: la red, que se constituye como la forma organizativa socialmente típica en la economía globalizada¹⁰³.

¹⁰⁰ F. Valdés Dal-Ré, *Nuevas formas de la empresa, globalización y relaciones laborales*, en AA.VV., (dir. J. Lahera Forteza y F. Valdés Dal-Ré), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, CINCA, Madrid, 2010, p. 22.

¹⁰¹ J. Cruz Villalón, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit., pp. 11 y 12.

¹⁰² Se trata de áreas geográficas en las que se aglomeran diversas firmas empresariales que, para una mejor defensa frente a los efectos de la globalización, colaboran entre sí económica y socialmente a través de relaciones de variada índole. Concentran la producción y las actividades innovadoras y sectorialmente especializadas en pequeñas áreas geográficas; comparten el entorno social y cultural; y constituyen un ambiente local propio a través de un conjunto de valores comunes, por medio de redes formales e informales, que va más allá del puro negocio. El distrito industrial aparece muy ligado a la política regional, la cual se define por su “ambiente” y por su “atmósfera industrial”, además de por su economía, sus empresas y su mercado. Véase, J.R., Marrero Rodríguez, *La transformación más reciente en el ámbito de la organización empresarial*, *Témpora: Revista de historia y sociología de la educación*, Núm. 7, 2004, p. 113.

¹⁰³ No obstante, no está de más aclarar que este nuevo modelo organizativo -la empresa-red- convive con fórmulas organizativas propias del antiguo paradigma.

En palabras de Valdés Dal-Ré, la descentralización productiva es la “partera” que ha ayudado a alumbrar el nuevo paradigma de empresa: la empresa-red¹⁰⁴.

Donde antes, a nivel organizativo, había una producción centralizada y muy jerarquizada, aparece ahora esta fórmula empresarial de signo radicalmente opuesto, caracterizada por organizar la producción de manera flexible y muy especializada, en torno a una empresa matriz o a una empresa organizada en forma de red –o lo que es lo mismo, una red tejida en torno a un proyecto empresarial-, la cual establece vínculos y relaciones de jerarquía o de cooperación con otras empresas.

Por lo que respecta a la vertiente jurídica, existe una pluralidad de fórmulas jurídicas a través de las cuales se puede articular el proceso descentralizador. Tradicionalmente la colaboración interempresarial –presupuesto base de la descentralización productiva- se ha instrumentado a través de una figura contractual típica: el contrato ejecución de obra o contrato de empresa¹⁰⁵.

En la actualidad, sin embargo, la estrategia descentralizadora impulsada por el nuevo orden económico globalizado ha diversificado los cauces de instrumentación jurídica. Junto al empleo de categorías contractuales clásicas -enriquecidas con nuevos pactos y estipulaciones (contratos de arrendamiento de servicios, de depósito, de transporte, de gestión de intereses ajenos¹⁰⁶, etc)-, se crean nuevos contratos: contratos de franquicia, de concesión, de *factoring*, de *merchandising*, de logística, suministro de informática, etc.

Por otro lado, son muchas las empresas que recurren a la contratación externa de los que consideran “servicios periféricos” (vigilancia, servicios de mantenimiento, comedor y jardinería, etc.). Muchas de ellas consideran que tales actividades, si bien son necesarias para su funcionamiento, no forman parte de los procesos productivos que constituyen su objeto, razón por la cual prefieren no dedicarles atención directa, sino delegar su ejecución en otras empresas, generalmente especializadas en estas áreas, con las cuales celebran contratos de obra o de servicios.

Así, dependiendo del modo en que la empresa externalice su producción, el contrato proveniente de este negocio jurídico podrá ser sometido al ordenamiento civil, al mercantil, e incluso al derecho administrativo¹⁰⁷. Aunque no todos los instrumentos jurídicos puestos al servicio de la descentralización productiva se limitan a esos campos;

¹⁰⁴ F. Valdés Dal-Ré, *Nuevas formas de la empresa, Globalización y Relaciones laborales*, cit., p.21.

¹⁰⁵ Sin embargo, ésta es una institución sobrepasada en la realidad económica actual, cuya utilización obedece a un escenario económico anterior a la aparición del nuevo paradigma organizativo de empresa. Un escenario en el que la organización empresarial dominante respondía a los esquemas fordistas y, por consiguiente, el radio de acción de la descentralización productiva se encontraba recluido fundamentalmente en dos sectores de la actividad económica: el sector industrial y el de la construcción.

¹⁰⁶ Entiéndase: mandato, contratos de comisión mercantil y corretaje.

¹⁰⁷ J. Cruz Villalón, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit., p. 8.

como veremos más adelante, el derecho laboral y el internacional privado cubren una gran parcela de este fenómeno.

4.1 SU INFLUENCIA EN LA MOVILIDAD TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES

Vistos los elementos caracterizadores de los nuevos sistemas de organización empresarial, procede ahora fundamentar en qué medida esas estructuras productivas propician la movilidad geográfica internacional de trabajadores –en concreto, las prestaciones de servicio transnacionales- y qué trascendencia tiene la expansión internacional de su actividad en este ámbito¹⁰⁸.

Aunque más adelante se abordará esta figura en profundidad, resulta conveniente, para una mejor comprensión de este epígrafe, esbozar la figura de la prestación de servicios transnacional. Baste ahora indicar que bajo su cobertura se produce el desplazamiento de un trabajador desde una organización empresarial, con la que el trabajador mantiene una relación laboral -*empresa de origen*-, a otra, destinataria de la prestación de servicios - *empresa de destino*-, con la condición añadida de que ambas se encuentran establecidas en países diferentes. No obstante, no todo desplazamiento de un trabajador a una empresa extranjera encuentra acomodo en la figura de la prestación transnacional de servicios¹⁰⁹; es necesario que encaje en alguno de los siguientes supuestos:

- que el desplazamiento tenga lugar a otro centro de trabajo o empresa perteneciente al mismo grupo empresarial;
- que el desplazamiento se produzca por cuenta de la empresa y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre ella y el destinatario de la prestación de servicios;
- o que el desplazamiento lo origine una empresa de trabajo temporal, en adelante ETT, y tenga como destino una empresa usuaria.

En consecuencia, no corresponde analizar aquí aquellas prácticas que, aun siendo fruto de alteraciones en los sistemas empresariales tradicionales de organización productiva, responden a una lógica distinta a la de este tipo de movilidad internacional de trabajadores. A continuación examinaremos las tres categorías que instrumentalizan las diferentes manifestaciones de la prestación transnacional de servicios.

¹⁰⁹ Véase *infra* Capítulo II.

4.2 LOS GRUPOS DE EMPRESA

Nos enfrentamos a un concepto tan amplio¹¹⁰ como lo es la multitud de disciplinas desde las que se puede abordar su estudio. Éste constituye, ciertamente, el principal obstáculo para la elaboración de un concepto unitario del mismo. Los diversos bloques temáticos y sus respectivas normas (mercantiles, tributarias, administrativas, etc.) han actuado con autonomía a la hora de identificarlo¹¹¹.

En este epígrafe nos centraremos en aquellas aproximaciones con mayor repercusión en la esfera laboral y vinculación con las prestaciones temporales de servicios en el extranjero. Precisamente esa pluralidad semántica a la que acabamos de aludir se agrava cuando llegamos al Derecho del Trabajo y observamos que la conceptualización del grupo empresarial varía según hablemos de aspectos colectivos (negociación de convenios, constitución de órganos representativos), individuales (traslados, antigüedad, etc.), de temas procesales (legitimación, prescripción de acciones, etc.), de infracciones administrativas (responsabilidad, reincidencias, etc.), etc. Conviene aclarar, no obstante, que en ocasiones las normas laborales sí describen lo que entienden por grupo de empresas, pero, lo cierto es que asumen dicho concepto por remisión al específico de la legislación mercantil¹¹².

¹¹⁰ Su denominación es muy variada: multinacionales; empresas, grupos o sociedades multinacionales; empresas internacionales; empresas, grupos o sociedades transnacionales. Véase, G. Palao Moreno, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 55.

¹¹¹ Para A.V. Sempere Navarro y M. Areta Martínez, poca sorpresa causa que, habiendo heterogeneidad de conceptos sobre lo que sea la empresa, suceda lo mismo cuando se habla de su agrupación (*El Derecho del Trabajo y Los Grupos de Empresa: inventario*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Derecho del Trabajo, Núm. 48, 2004, p. 97).

¹¹² A modo de ejemplo y por pertenecer a nuestra materia de estudio, véase el artículo 1.1.1º b) de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999) donde se señala: “a los efectos de esta Ley se entiende por desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional [...] el desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

A los efectos del párrafo anterior, se entiende por grupo de empresas el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria” (reformada por Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2011).

Aunque perteneciente a una materia distinta, véase también el artículo 37.3 b) del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (BOE núm.48, de 25 de febrero de 2004), que establece que “a efectos de la promoción de planes del sistema de empleo de empresas de un mismo grupo, se considerará grupo de empresas cuando concurren las condiciones previstas en el artículo 42 del Código de Comercio”.

Aunque esta figura jurídica carece de traslación normativa expresa de alcance general en el ámbito del Derecho del Trabajo¹¹³, hay una serie de elementos que configuran su esencia: en ellos concurre una pluralidad de personas –jurídicas o físicas-, jurídicamente independientes¹¹⁴, bajo la existencia de una dirección económica única y común; su naturaleza internacional deriva de la presencia de las empresas que lo componen en más de un Estado; y pueden adoptar las formulas y caracteres más flexibles y variados¹¹⁵.

Es un hecho que en los grupos de empresas se produce una comunicación constante, o al menos habitual, de unas empresas con otras durante el proceso productivo. Precisamente, esta característica, incorporada a la gestión de las relaciones de trabajo en el seno del grupo, facilita considerablemente la puesta en práctica de traslaciones temporales de la prestación de servicios. Sirvan de ejemplo las siguientes situaciones: la apertura de un nuevo establecimiento en otro país; la creación de una empresa vinculada –dominada- a la empresa matriz de otro estado; o la externalización de tareas productivas a otra empresa del mismo grupo ubicada en un país diferente. Todos estos supuestos exigen con frecuencia el desplazamiento de trabajadores cualificados y experimentados que sean capaces de implantar el modo productivo y el *know how*¹¹⁶ en esos centros extranjeros. Con ello se consigue no sólo la transferencia de conocimientos y experiencias entre las distintas unidades empresariales, sino también la coordinación global de las mismas y la verificación de la correcta adaptación local¹¹⁷.

Los fenómenos de circulación del trabajador dentro del mismo grupo obedecen, por tanto y salvo excepciones¹¹⁸, a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro de dicho grupo.

¹¹³ En este sentido, M.C. Palomeque López y M. Álvarez de la Rosa señalan que “no hay regulación unitaria legal del grupo de empresas, pero sí las suficientes expresiones de derecho positivo como para que su análisis sea preferente” (*Derecho del Trabajo*, 22ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 514).

¹¹⁴ El grupo en sí mismo carece de personalidad jurídica propia y diferenciada más allá de las empresas que lo conforman. Según J.M. Embid Irujo, “esencialmente el grupo es un agregado de sujetos sin pretensiones de específica personificación. Se da en él una superposición de figuras pero no una refundición de las mismas”, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, p. 14.

¹¹⁵ Elementos característicos que puede extraerse del estudio que hace G. Palao Moreno, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual*, cit., pp. 61 y ss.

¹¹⁶ Expresión anglosajona que significa “saber cómo o saber hacer”. Se emplea para denominar las capacidades, habilidades y experiencia con que cuentan las empresas para desarrollar sus actividades, ya sea productivas, administrativas, financieras, comerciales y de control.

¹¹⁷ Para profundizar en la materia véase C.A. Bartlett y S. Ghoshal, *La empresa sin fronteras. La solución transnacional*, McGraw Hill, Madrid, 1991.

¹¹⁸ En ocasiones, ese desplazamiento de un trabajador puede esconder una finalidad fraudulenta. No obstante, esta práctica circulatoria habrá de considerarse lícita en principio, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador. En este sentido se pronuncian, reiterando la doctrina de la STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8605), entre otras, las SSTS de 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 2695); 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1594); y 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 3263).

La consecuencia más visible de todo ello es que este sistema organizativo, que potencia la circulación de trabajadores, también tiene repercusiones positivas en las relaciones entre las mismas empresas de origen y de destino de la prestación. Dichas prácticas traslativas temporales favorecen su conocimiento mutuo en todos los extremos de la actividad y crean unos lazos estrechos de colaboración entre ellas, que enriquecen en última instancia sendos procesos y organizaciones productivos.

4.3 LAS EMPRESAS DESTINATARIAS DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Podríamos definir a estas empresas como las acreedoras de una actividad laboral que va a desempeñar temporalmente en su seno un trabajador ajeno a su plantilla, como consecuencia del compromiso acordado entre ella y la empresa empleadora -sin que medie entre ambas un contrato de puesta a disposición-.

Por lo que respecta al sistema de organización de la producción, la dinámica de estas empresas varía respecto de los grupos multinacionales en el sentido de que aquí no existe relación de dependencia ni subordinación alguna. El único vínculo entre ambas viene determinado por el contrato de prestación de servicios suscrito, cuya ejecución implica necesariamente el desplazamiento de uno o varios trabajadores pertenecientes a la plantilla de la empresa deudora. No debemos olvidar la circunstancia añadida de que ambas empresas se encuentran establecidas en estados diferentes.

En páginas anteriores indicábamos como frecuentemente las empresas externalizan aquellas actividades que no están directamente relacionadas con su objeto: limpieza de locales, seguridad y vigilancia, cafetería y/o restauración dentro de los centros de trabajo, etc¹¹⁹. Bien es verdad que lo normal es que estas actividades en concreto se contraten con empresas locales; sin embargo, pensemos en algunas otras: servicios de mensajería, transporte, consultoría administrativa o técnica, asistencia informática, mantenimiento y reparación de bienes, etc.

Hoy en día el número de empresas especializadas¹²⁰ es elevadísimo y más el número de ellas, cuya oferta se dirige exclusivamente a empresas. Los motivos por los que se decide acudir a los servicios de empresas ubicadas en un país diferente son variados. Es posible que prime la rentabilidad del factor territorial. No necesariamente un recurso extranjero implica mayor coste. Hay veces que, aún siendo así, se opta por la empresa

¹¹⁹ J. Cruz Villalón, *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*, cit., p 15.

¹²⁰ Aunque de manera indirecta debemos tener presente la *Estrategia de Especialización Inteligente (RIS3)*, enmarcada en *Europa 2020* (estrategia de crecimiento de la UE para la próxima década). La Comisión Europea ha establecido la especialización inteligente como una obligación de las regiones europeas y de los Estados miembros para identificar las áreas prioritarias en las que invertir los fondos estructurales del periodo presupuestario 2014-2020. Para poder llevar a cabo esa identificación, el papel de las empresas y su capacidad de internacionalización son relevantes. Véase:

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/smart_specialisation_es.pdf

extranjera por fiabilidad, garantía o la alta cualificación del proveedor del servicio (pensemos en el caso de empresas de seguridad informática o de prestigiosas consultoras). En otras ocasiones es la imagen o publicidad lo que determina que se acuda a ellas. Lo relevante no es la razón por la que se contacte con una empresa extranjera, sino el hecho de que se acuda a ellas.

El espacio/mercado único europeo contribuye de manera especial a proliferación de este tipo de contratación empresarial, lo que a su vez repercute consecuentemente en el desplazamiento transnacional de trabajadores.

4.3 LA SINGULARIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Presentadas dos de las opciones con las que cuentan las empresas para satisfacer sus preferencias organizativas y que propician el desplazamiento transnacional –temporal- de trabajadores, toca ahora adentrarnos en el análisis de una tercera alternativa que se ha erigido como la máxima expresión de flexibilización de la estructura organizativa de la empresa, y que constituye una importante vía de inserción de trabajadores acorde con los nuevos modelos empresariales: las Empresas de Trabajo Temporal.

La actividad desarrollada por este particular tipo de empresas consiste en suministrar, de forma temporal, trabajadores para otras empresas -clientes o usuarias- con la finalidad de satisfacer sus necesidades puntuales de mano de obra¹²¹. Se adiciona, al igual que ocurría en los dos supuestos anteriores, el hecho de estar ubicadas en un Estado distinto al de la empresa usuaria.

La rúbrica de esta apartado no es baladí. Con ella se ha pretendido evidenciar, en primer lugar, la situación particular que tiene lugar en este tipo de empresas y que no es otra que la rotura del esquema bilateral típico de la relación laboral¹²². En efecto, la ETT es la que llevará a cabo la contratación laboral directa de los trabajadores y la que, posteriormente y de manera temporal, cederá su utilización a otra empresa; sin que esto implique la quiebra del vínculo jurídico-laboral que le une al trabajador, ni la pérdida su

¹²¹ Según se define en el artículo 3.1 b) de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE L327, de 5 de diciembre de 2008); y en el artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994), en adelante LETT. La redacción de este artículo corresponde a la última modificación llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE núm. 163, de 5 julio de 2014).

¹²² AA. VV. (M.L. Molero Marañón y F. Valdés Dal-Re, dir.), *Comentarios a la ley de empresas de trabajo temporal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, *passim*; J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida, *Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 48, 2004, *passim*; M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, *passim*.

condición de empleador. Es decir, como verdadera empleadora, es la responsable frente a los trabajadores, y a ella corresponde el poder disciplinario, pero no da las órdenes a esos trabajadores ni exige su correcto cumplimiento¹²³; esto corresponde a la empresa usuaria, que es quien ofrece el trabajo y quien ostenta el poder de dirección¹²⁴. Existe, pues, un reparto temporal de facultades empresariales durante el período de vigencia del contrato de puesta a disposición del trabajador.

En esa relación triangular existen, por tanto, dos contratos distintos: uno de naturaleza jurídica laboral, celebrado entre la ETT y el trabajador; y otro de naturaleza mercantil¹²⁵ -contrato de puesta a disposición- celebrado entre la ETT y la empresa usuaria.

Precisamente, la existencia de esas dos relaciones jurídicas puede ocasionar confusión con la subcontratación, toda vez que en esta última también existen dos contratos: uno entre la empresa principal y la empresa accesoria (subcontratada); y otro entre esta última y el trabajador. No obstante, y sin profundizar en la materia, indicar que la diferencia entre ambos supuestos radica en la propia función especializada de las ETTs, cuyo objeto consiste en “cubrir rápida y eficazmente las necesidades de trabajo aleatorias, imprevistas o extraordinarias de la empresa usuaria; siendo, por tanto, su característica esencial la transitoriedad, temporalidad o interinidad de la tarea”¹²⁶. En definitiva, el contrato de puesta a disposición es siempre temporal y su celebración ha de tener como causa la satisfacción de necesidades temporales de mano de obra por parte de la empresa usuaria. Por ello, la ley presta gran atención a la delimitación de los supuestos en que cabe la utilización de los contratos de puesta a disposición¹²⁷.

No se trata, por tanto, de una opción abierta. Las empresas únicamente pueden recurrir a las ETTs en supuestos tasados¹²⁸: para la realización de una obra o servicio determinados (ha de tener además autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa); por las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos; y para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Debemos tener presente además que el acudir a una ETT tiene mayor coste que contratar directamente al trabajador. Así, es evidente que las empresas usuarias recurrirán a esta modalidad cuando les sea económicamente conveniente. Pensemos en el supuesto de que se precise urgentemente mano de obra de una determinada cualificación; esa

¹²³ En este sentido, SSTJCE de 18 de junio de 2015, *Martin Meat kft* (asunto C-586/13), apdo. 40; y de 10 de febrero de 2011, *Vicoplus y otros* (asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09), apdo. 51.

¹²⁴ artículo 1.b) y d) de la Directiva 2008/104/CE y artículo 15 de la LETT.

¹²⁵ Véase la Disp. Adic. 1ª de la LETT.

¹²⁶ O. Ermida Uriarte y A. Castello, *Las empresas de trabajo temporal*, en AA.VV., *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 416.

¹²⁷ artículo 6 de la LETT.

¹²⁸ artículo 6.2 de la LETT y, por remisión, artículo 15.1 ET. También es posible acudir a una ETT para celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación.

urgencia justificará para la empresa el elevado coste que le va a suponer dicha contratación.

Con el término “singularidad” queremos destacar también el hecho de que estas empresas no constituyen *stricto sensu* un supuesto de descentralización productiva¹²⁹ (como sí ocurre en los dos casos anteriores). Lo que se externaliza es la contratación de mano de obra, pero no una fase del proceso productivo¹³⁰. Lo que ocurre en este caso es que las empresas no siguen la forma usual de contratación de trabajadores, por cuanto que prefieren celebrar un contrato civil con una ETT, que es quién se va a hacer cargo de la contratación laboral directa de los trabajadores.

Mención aparte merece el caso de las ETTs pertenecientes a grupos de empresas. En este caso, sí podríamos estar ante una verdadera externalización de una fase del proceso productivo, cual es la gestión del personal de la empresa.

La flexibilidad empresarial resultaría especialmente clara en este supuesto donde, junto las diferentes empresas que configuran un grupo, aparece integrada una ETT, dotada de personalidad jurídica plena, pero sometida –como las demás del grupo- al poder de dirección del mismo.

El problema estriba en determinar si, conforme a la normativa reguladora de las empresas de trabajo temporal¹³¹, dicha práctica deviene jurídicamente irregular.

La doctrina ha entendido que si se admite la subcontratación intragrupo, no debe haber motivo para rechazar las relaciones contractuales entre sociedades del grupo¹³²; siempre y cuando la ETT esté dotada de estructura organizativa empresarial propia; se dedique

¹²⁹ El que una empresa decida acudir a una ETT se interpreta como una manifestación de flexibilización empresarial. En el apartado 3.2 ya vimos como la flexibilidad se configura como principio básico de funcionamiento de las empresas. En este sentido, las ETTs desempeñan un papel fundamental en su consecución.

Para O. Ermida Uriarte y A. Castello, se trata de un supuesto de descentralización meramente administrativa (*Las empresas de trabajo temporal*, cit., p. 417).

¹³⁰ Sin embargo, para J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida, la cesión de trabajadores que se realiza mediante las ETTs se inserta plenamente en el proceso de externalización de la organización productiva, al asumir la función de gestión de personal de la empresa usuaria (*Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial*, cit., pp. 44 y 45).

¹³¹ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal; RD 4/1995 de 13 de enero, por el que se desarrolla la ley 14/1994 (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1995); y Directiva 2008/104/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

¹³² C. Molina Navarrete, *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Comares, Granada, 2000, p. 82.

en exclusiva a la actividad que constituye su objeto de empresa de trabajo temporal; y reúna el resto de requisitos a que le obligan las disposiciones legales¹³³.

Visto como la cesión de trabajadores que tiene lugar a través de este tipo de empresas¹³⁴ encuentra fácil acomodo en la flexibilidad de las organizaciones productivas, analicemos ahora otra manifestación del carácter “singular” de las ETTs.

El desplazamiento de trabajadores enmarcado en una prestación de servicios transnacional presupone la existencia de un lugar habitual de trabajo que se ve temporalmente alterado con ocasión de la misma¹³⁵. Esta idea, sin embargo, no encaja bien en los casos de puesta a disposición transnacional de trabajadores por parte de ETTs. Normalmente, los trabajadores quedan vinculados a este tipo de empresas mediante la formalización de contratos de duración determinada, celebrados con ocasión de la cesión y coincidentes con su duración, cuyo lugar de cumplimiento se sitúa en el centro de trabajo de la empresa usuaria establecida en el extranjero. En este sentido podríamos afirmar que el lugar de prestación habitual de servicios se localiza en el país de destino, y que no existe, por tanto, desplazamiento *stricto sensu*¹³⁶.

Sin embargo, esta cuestión no es pacífica en la doctrina. Algunos autores, contrarios a esa opinión, consideran razonable permitir que estos supuestos constituyan una excepción a la exigencia establecida por la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Para este sector podría justificarse el carácter habitual si el trabajador desplazado acreditase que ha mantenido, en otro momento anterior, alguna otra relación laboral con la misma ETT¹³⁷.

¹³³ En cualquier caso, la autoridad administrativa autorizante puede, utilizando criterios traídos de la jurisprudencia, determinar el “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica y apreciar, en su caso, la supuestos fraudulentos o abusivos (C. Molina Navarrete, *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, cit., pp. 79-83).

¹³⁴ Nótese que el artículo 43.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995 – versión consolidada a 17 de octubre de 2014-), sienta una regla general de prohibición de la “contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”, por lo que la realización de esta práctica a través de ETTs tiene la condición de excepción legal.

¹³⁵ artículo 2.1 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 (DOUE L 018, de 21 de enero de 1997).

¹³⁶ En detalle, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador*, en (M.E. Casas Bahamonde y S. del Rey, dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, 1ª edición, CES, Colección de Estudios, Núm. 128, Madrid, 2002, p. 75.

¹³⁷ En profundidad, J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, 1ª ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 23 y 24.

En cualquier caso, desde el momento en el que en la propia norma europea contempla esta modalidad de desplazamiento como uno de los supuestos sometidos a su protección, toda discusión al respecto resulta baladí.

5. PARTICULARIDADES DEL CONTEXTO EUROPEO

El estudio de los factores y circunstancias determinantes de los desplazamientos transnacionales de trabajadores exige hacer mención a la forma en que se manifiestan en el contexto europeo. Y es que la singularidad del proceso de integración europea, sobre todo a nivel económico, plantea peculiaridades que no se suscitan, o no en los mismos términos, en el ámbito internacional y que hacen que los supuestos de trabajo transnacional que tienen lugar en este espacio adquieran nuevas dimensiones. En otras palabras, las particularidades del mercado de trabajo europeo, en tanto manifestación específica de los principios vertebradores de la acción de la UE, repercuten en el desenvolvimiento de las prestaciones de servicios a nivel de la UE¹³⁸.

Como hemos visto, la construcción de la actual UE se realizó sobre iniciativas tendentes a la consecución de un espacio integrado desde el punto de vista económico, al cual siguieron sucesivas ampliaciones materiales tendentes a desembocar en una integración global –monetaria, política, institucional, y social-. Tanto es así que el caso europeo encarna como pocos la verdadera revolución que han supuesto los nuevos planteamientos de liberalización económica, la economía de mercado y la expansión supranacional de las relaciones de trabajo¹³⁹.

La cuestión es que el proceso de integración europea, desde el punto de vista socio-laboral, no se limita a reproducir a nivel regional las transformaciones resultantes de los nuevos planteamientos impuestos por la globalización económica, incluyendo las alteraciones en los sistemas tradicionales de organización productiva, sino que, y sobre todo, se construye sobre unos pilares propios: las cuatro libertades de circulación. Y es que, como señaló la Comisión, la libre circulación ha sido un medio para la creación de un mercado de trabajo europeo y para el establecimiento de un mercado laboral más flexible y eficiente, en beneficio de los trabajadores, los empresarios y los Estados miembros¹⁴⁰.

¹³⁸ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 51.

¹³⁹ J.L. Monereo Pérez, *Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la “cuestión social”*, Relaciones Laborales, Vol. II, 2001, p. 223.

¹⁴⁰ Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la libre circulación de trabajadores y la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades, COM (2002) 694, final, p. 3.

Estas circunstancias introducen nuevos elementos de análisis que no se plantean en otros contextos y que, por tanto, deben ser abordados para completar este análisis de los factores que influyen en los desplazamientos transnacionales de trabajadores¹⁴¹.

5.1 LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES EN EL MARCO DE LAS LIBERTADES EUROPEAS DE CIRCULACIÓN

De los elementos principales que caracterizaron el proceso europeo de integración, debemos prestar una especial atención al reconocimiento y protección de las libertades comunitarias de circulación (personas, servicios, capitales y mercancías), con las que “se garantiza el derecho de todo nacional de un Estado miembro a ejercer actividades económicas en todo el ámbito de la UE, estableciéndose, trabajando u ofreciendo sus servicios en otro Estado miembro, en condiciones análogas a las aplicables a los nacionales”¹⁴².

Por ello, en el contexto de las relaciones de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional, el análisis de las libertades europeas conviene enfocarlo, por un lado, a poner en valor su influencia en la proliferación de las prestaciones transnacionales de servicios y, por otro, a identificar sus interacciones mutuas.

En ese sentido, por lo que se refiere a la libre circulación de personas¹⁴³ -única manifestación amparada por la legislación comunitaria durante largo tiempo, en su versión de libre circulación de trabajadores¹⁴⁴-, el análisis de su vinculación con los desplazamientos transnacionales de trabajadores plantea una primera dificultad derivada de la extensión de su significado. Y es que existe una dispar consideración del ámbito subjetivo de aplicación de esta libertad de circulación. En efecto, hay quienes sostienen que sus beneficiarios son aquellos trabajadores que se desplazan a otro país de la UE para ser contratados allí. O lo que es lo mismo, los supuestos amparados por la libertad de

¹⁴¹ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, cit., p. 52.

¹⁴² M.C. Ortiz Lallana, *Libertad de establecimiento y empresas multinacionales (I)*, Actualidad Laboral, Núm. 11, Vol. 1, 1990, p. 130.

¹⁴³ De acuerdo con el artículo 45 TFUE, “1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (...) 3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión”.

¹⁴⁴ Recordemos que la libre circulación de trabajadores se estableció como uno de los pilares sobre los que debía construirse el mercado común en el Título III del TCEE, y que no fue hasta el TUE, que instauró la ciudadanía europea, cuando pudo hablarse del derecho a la libertad de circulación de las personas con autonomía (sin asociarse a la libre circulación de los trabajadores, al ejercicio del derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios).

circulación son aquellos en los que se produce la circulación de un trabajador de un Estado miembro con vistas a su contratación por una empresa o un empleador establecido en otro distinto¹⁴⁵. Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que la libertad circulatoria de trabajadores en el territorio comunitario consagrada por el artículo 45 del TFUE también se extiende a favor de aquellos nacionales europeos que se desplazan a otro Estado miembro en busca de un empleo¹⁴⁶.

El TJUE vino a zanjar esta controversia al señalar que “el apartado 3 del artículo 48¹⁴⁷ debe ser interpretado en el sentido de que enuncia con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica asimismo el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y residir en ellos con objeto de buscar empleo”¹⁴⁸. En definitiva, en la libre circulación de trabajadores encuentra cabida, no sólo el derecho a responder a ofertas efectivas de empleo, sino también del derecho de buscar empleo.

En una prestación de servicios transnacional, sin embargo, la finalidad del trabajador no es buscar empleo, sino realizar la prestación de servicios que le ha sido encomendada por su empresa. Esto es, el trabajador ya mantiene una relación laboral con la empresa que lo desplaza.

Desde esta perspectiva, el concepto de trabajador en el marco de la libre circulación de personas no puede ser extendido al trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional, por tratarse ésta de una experiencia de movilidad *en* el empleo y no de una movilidad *para* el empleo. Y, en consecuencia, los trabajadores afectados por una prestación de servicios europea no resultan beneficiarios de esta libertad de circulación.

En segundo lugar y en relación a la libertad de establecimiento, el artículo 49 del TFUE la refiere al acceso y ejercicio de actividades no asalariadas, incluyendo la constitución y gestión de empresas y sociedades¹⁴⁹. Por lo que se predica exclusivamente de los

¹⁴⁵ En este sentido, J.B. Acosta Estévez, *Libre circulación de trabajadores, política social y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E.*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, p. 19. Citado por A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, cit., p. 54.

¹⁴⁶ T. Sala Franco y J.M. Ramírez Martínez, *Introducción al Derecho social comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1986, p. 71.

¹⁴⁷ En referencia a la versión original de este precepto en el TCE.

¹⁴⁸ STJCE de 26 de febrero de 1991, *Antonissen* (asunto C 292/89, RJ 1990, I-745), apdo. 13. Véanse, además de las citadas en el propio texto de la sentencia, las SSTJCE de 8 de abril de 1976, *Royer* (asunto 48/75, RJ 1976, I-497); de 23 de marzo de 1982, *Levin* (asunto 53/81, RJ 1982, I-1035); y de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille* (asuntos acumulados 115 y 116/81, RJ1982, I-1665).

¹⁴⁹ artículo 49 TFUE: 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 en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del

trabajadores por cuenta propia o profesionales autónomos. Supuesto diametralmente opuesto al de aquéllos que forman parte de nuestro estudio.

Descartadas las libertades anteriores pasamos a analizar la libertad de prestación de servicios¹⁵⁰.

En virtud del artículo 57 del TFUE, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, y sin perjuicio de las disposiciones relativas al derecho de establecimiento, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales. En consecuencia y al amparo de esta libertad, una empresa establecida en un Estado miembro puede desarrollar sus actividades en otro, pudiendo suponer esto que trabajadores a su servicio se desplacen a ese otro país para trabajar.

Desde esa perspectiva pudiera entenderse que las prestaciones de servicios transnacionales encuentran cobijo en esta libertad europea. Sin embargo, el planteamiento no debe llevarnos a error. La libertad de prestación de servicios está destinada en última instancia a facilitar la expansión supranacional y europea de las empresas y no a proporcionar cobertura jurídica a los trabajadores desplazados como consecuencia de esa expansión.

Por tanto, si este desplazamiento de trabajadores no encuentra fácil acomodo ni en la libre circulación de trabajadores, ni en la libertad de establecimiento, ni en la libre prestación de servicios, ¿se encuentran desamparados estos trabajadores en el ámbito de aplicación de las libertades comunitarias? La respuesta es negativa.

Es cierto que estos supuestos no encajan en el ámbito de estas libertades individualmente consideradas. Sin embargo, al poner en conexión la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios damos cobertura tanto al empresario que ejerce esta libertad como al trabajador que resulta desplazado.

Efectivamente, esta movilidad europea de trabajadores tiene lugar con el fin de hacer posible la ejecución de la prestación de servicios de sus empresarios, que en ejercicio de una libertad fundamental, desarrollan temporalmente su actividad en otro Estado miembro, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales¹⁵¹. En este sentido, el derecho de los trabajadores a circular libremente es un derecho indirecto, que depende del ejercicio por parte de su empresario del derecho a la libre prestación de servicios que le asiste.

país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

¹⁵⁰ Artículos. 56 a 62 del TFUE.

¹⁵¹ Artículo 57, párr.3º del TFUE.

Esta fórmula es la que parece operar en el marco de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹⁵². Norma de regulación específica de esta materia y que arbitra una solución híbrida en su articulado para conciliar la actuación de ambas libertades: el establecimiento de un núcleo duro de disposiciones mínimas igual, tanto para empleadores como para trabajadores. No obstante, dedicaremos un capítulo posterior a su estudio detallado.

5.2 LA REALIDAD INCOMPLETA DEL MERCADO INTERIOR

El Mercado interior ha sido y sigue siendo un elemento fundamental, colaborador y constructor en el proceso de integración europea. Pero va más allá de la simple idea de mercado común, pues exige el respeto de la libre concurrencia, un ordenamiento normativo capaz de velar por las reglas de la competencia y la armonización en la regulación de numerosos aspectos del mismo.

Su existencia hace posible que los ciudadanos y las empresas puedan circular y efectuar operaciones comerciales libremente en el territorio de los 28 países de la UE y en el de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (en adelante, AELC). Gracias a él, los consumidores y usuarios de la UE también se ven favorecidos por una mayor competitividad, una mayor posibilidad de elección de una gama más amplia de bienes y servicios de calidad y por garantías de seguridad y facilidad de movimientos. Se constituye, por tanto, en pilar de la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

No obstante, el mercado interior no es todavía una realidad en todos los ámbitos. En concreto, en el ámbito laboral, pese a los avances en la consecución de un mercado único que posibilite la integración económica del factor trabajo, la UE sigue caracterizándose por la existencia de mercados laborales nacionales fragmentados, donde los costes sociales actúan como factor distorsionador de la competencia entre prestadores que desplazan trabajadores para prestar servicios transnacionales¹⁵³.

En 2006 la Comisión, consciente de este hecho, inició diversos trabajos para valorar los logros alcanzados por el mercado interior hasta entonces y las barreras que habían limitado su avance; y para determinar cuáles serían los principales retos a los que debería enfrentarse en el futuro próximo. Para todas las actuaciones se estableció como premisa base el considerar el mercado único como algo dinámico, en constante evolución y que debía adaptarse a nuevas realidades. Precisamente por esto nunca llegará a concluirse o completarse totalmente, ya que conforme evolucionan el mercado

¹⁵² DOUE L 18, de 21 de enero de 1997.

¹⁵³ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 286.

y la sociedad aparecen nuevos retos a los que hay que dar respuesta¹⁵⁴. A ello se une el hecho de que, a pesar de disponer de un marco regulador sólido, es necesario modernizarlo y prestar atención a su cumplimiento por parte de los Estados miembros.

Entre los nuevos retos a los que tenía que enfrentarse el mercado interior se situaba la globalización, que a pesar de las oportunidades que implicaba, suponía también un aumento de la competencia sobre las empresas europeas. Asimismo, había que considerar los cambios estructurales que afrontaban las economías europeas: la economía del conocimiento, un peso creciente del sector servicios, la dependencia energética, el cambio climático y el envejecimiento de la población. Todo ello, en un contexto de ampliación creciente de la UE, que en tan sólo cuatro años había pasado de 15 a 27 Estados miembros.

Los resultados de estos trabajos, incluida una consulta pública sobre el futuro del mercado interior y seminarios especializados al respecto, dieron lugar a una comunicación de la Comisión, que vino a recoger los principios, objetivos y mecanismos que configurarían la nueva estrategia del mercado interior en los próximos años y que se sustentaba en los cuatro pilares fundamentales: mercancías, servicios, capitales y personas¹⁵⁵.

Entre dichos objetivos se marcó la consecución de una Europa global¹⁵⁶, donde gracias a la globalización y a través del mercado único –descentralizado y basado en redes¹⁵⁷- se consiguiera un mejor espacio competitivo para las empresas europeas, a la vez que atractivo para inversores y empresas del resto del mundo; todo ello sin perder de vista la dimensión social, puesto que *mercado interior* y *modelo social* forman parte de la misma realidad y son interdependientes¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, *Un mercado único para los ciudadanos – Informe intermedio destinado al Consejo Europeo de primavera de 2007*, COM(2007) 60 final - No publicada en el DOUE.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0060>

¹⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de noviembre de 2007, *Un mercado único para la Europa del siglo XXI*, COM (2007) 724 final - No publicada en el DOUE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0724>

¹⁵⁶ Objetivo ya fijado en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 4 de octubre de 2006, *Una Europa global: competir en el mundo*, COM(2006) 567 final – no publicada en el DOUE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006DC0567>

¹⁵⁷ Véase el punto 3.3 de la COM (2007) 724 final.

¹⁵⁸ Así se puso de manifiesto en el Preámbulo de la CDSFT a la que se remite el artículo 151 del TFUE, con el que se abre el Título X del Tratado dedicado a la política social europea. De esta forma, dicho instrumento jurídico deviene en fuente indirecta y referente interpretativo del desarrollo de la dimensión social europea (en este sentido, B. Gutiérrez-Solar Calvo, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 159).

Desde la puesta en marcha del mercado único, no todas las libertades de circulación han avanzado al mismo ritmo. En efecto, mercancías, capitales, y recientemente los servicios, han concentrado los principales esfuerzos; mientras que la libre circulación de personas ha tenido un desarrollo más lento, lo que ha devenido en un desequilibrio entre el avance del mercado interior y el avance de la Europa social. De hecho podríamos sostener que ha existido cierta colisión entre la regulación adoptada en el marco del mercado interior y las normas laborales y sociales.

En este panorama, el desplazamiento de trabajadores -vinculado como hemos visto tanto a la libertad de circulación de trabajadores como a la de prestación de servicios- se constituye como un elemento clave para la consolidación del mercado interior europeo, pues, sin la posibilidad de desplazar trabajadores, las empresas europeas no efectuarían gran parte de las prestaciones de servicios entre Estados miembros.

Se estima que alrededor de un millón de trabajadores son desplazados por sus empleadores de un Estado miembro a otro cada año¹⁵⁹. Se trata, como decimos, de una estimación y no de una cifra exacta, pues el análisis del desplazamiento como un fenómeno económico y social, se ve obstaculizado por la falta de datos exactos y la mala calidad de la base de la datos¹⁶⁰. Y es que la única fuente de datos disponibles a nivel de la UE es fruto de la recopilación sistemática de los datos de los formularios E101¹⁶¹ en el ámbito de la seguridad social, realizada por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión en cooperación con las autoridades nacionales¹⁶².

A pesar de ello, esta manifestación de movilidad laboral geográfica adolece de una incompleta regulación jurídica, pues no es capaz de responder de manera eficaz y proporcionada a los desafíos que le son inherentes. Lo cierto es que la existencia de 28 ordenamientos laborales y la carencia de un verdadero derecho del trabajo armonizado repercute negativamente tanto en los países y empresas implicadas, como en los trabajadores temporalmente desplazados.

¹⁵⁹ En concreto, en 2011 se produjeron 1,5 millones de desplazamientos; en 2010, 1,33 millones; en 2009, 1,29 millones; y en 2008, 1,28 millones, según los Informes de la DG de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea de 2011, sobre desplazamiento de trabajadores en la UE y el EEE, basado en los formularios E101 presentados en 2008 y 2009; y de 2012, basado en los formularios A1 presentados en 2010 y 2011. Disponibles en:

<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=emplmigration%26mobility&mode=advancedSubmit&langId=es>

¹⁶⁰ Tal y como puso de manifiesto la Comisión en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM/2012/0131 final - 2012/0061 (COD)].

¹⁶¹ Actual formulario A1.

¹⁶² Y es que, tal y como se pone de manifiesto en el informe de 2011, estos datos tienen importantes limitaciones. Y es que los datos disponibles sólo ofrecen información relativa al número de formularios E101 emitido en cada país, pero no contienen ninguna información relativa a la duración del desplazamiento. Por lo que no es posible utilizar esta información para calcular el impacto de estos desplazamientos en el empleo.

Como respuesta a esa situación, el Parlamento europeo y el Consejo han adoptado recientemente la Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE¹⁶³. Con ella se pretende armonizar el control de su aplicación en los distintos Estados miembros, haciendo hincapié en la colaboración de las distintas administraciones y autoridades y facilitando sistemas de intercambio de información.

En conclusión, el mercado interior no es todavía una realidad en todos los ámbitos, sino un trabajo aún en marcha. El distinto grado de avance en los cuatro pilares fundamentales, unido a los fallos, tanto en la regulación como en la aplicación práctica y cumplimiento de la misma, siguen reflejando la existencia de barreras a la libre circulación. Además resulta imperioso que su marco regulador, sólido y amplio, no permanezca ajeno a los cambios sociales, económicos y de otra índole que acaecen en el seno de la Unión. Es decir, las normas que configuran el mercado interior deben de estar sometidas a un proceso constante de modernización en función de la realidad social y económica del momento.

Por ello, a pesar de los logros obtenidos, el mercado único europeo tiene todavía un enorme potencial para convertirse en un verdadero mercado abierto, integrado, innovador y competitivo que estimule el crecimiento económico; beneficie directamente a trabajadores, empresarios y consumidores; y que sitúe a Europa en una posición desde la que pueda responder y adaptarse mejor a los desafíos de la globalización¹⁶⁴.

¹⁶³ Directiva 2014/67/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del mercado Interior (“Reglamento IMI”). DOUE L159/11, de 28 de mayo de 2014.

¹⁶⁴ Tal y como establece el Dictamen CESE INT/381, de 12 de marzo de 2008, *El futuro del mercado único. Hacia la globalización*, “es necesario que la UE afronte el desafío de la globalización y fomente los principios del mercado abierto en un contexto en el que no cabe el proteccionismo y en el que la competencia es genuina”. Disponible en:

http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int381\ces481-2008_ac.doc&language=ES

CAPÍTULO II FUENTES DEL DERECHO

En nuestros días tiene lugar un fenómeno creciente de circulación de asalariados desplazados por sus empresas, que se ven obligadas a competir en un mercado único, global y deslocalizado.

Esta movilidad no es una excepción entre los Estados miembros de la UE. La actuación en el mercado interior europeo de numerosas empresas que se han beneficiado de la apertura de los mercados públicos y privados, de contrataciones de obras y servicios, así como la creciente actividad de grupos de empresas y empresas de trabajo temporal de carácter transnacional, es un fenómeno que se ha acentuado en los últimos años. Sin embargo, la ausencia de un mercado de trabajo común y la regulación de la mayoría de las cuestiones que conforman el Derecho social por parte de cada uno de los Estados miembros, han venido conformando un panorama de desigual protección respecto de los derechos de los trabajadores. Situación ésta que se ha visto potenciada tras las últimas ampliaciones de la Unión.

Por ello, el conocer qué fuentes del ordenamiento jurídico europeo tienen capacidad regulativa en esta materia y cómo se articulan se presenta como cuestión fundamental. En estos momentos en que lo económico parece imponerse sobre lo social, en una clara alteración de la configuración del Estado Social, es conveniente recordar que los Tratados constitutivos no sólo impiden ciertos recortes y ajustes incompatibles con los mismos, sino también, que establecen y protegen los derechos y libertades fundamentales en términos que permiten su eficacia aplicativa real y obligan a respetar el carácter tuitivo del ordenamiento laboral.

1. EL SISTEMA DE FUENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO EN MATERIA LABORAL.

A la hora de estudiar el sistema de fuentes del ordenamiento europeo resulta obligado partir de los Tratados Constitutivos de la actual Unión Europea, y es que su mera denominación denota el carácter supremo de estas normas. En efecto, los Tratados Constitutivos se configuran como “fuente de fuentes”, pues en su propio articulado se contiene y configura el resto de las fuentes del Derecho que integran el conjunto de reglas comunitarias (Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes¹⁶⁵); al tiempo que se identifica el espacio y la funcionalidad independiente de cada uno de ellas y se fija con precisión su procedimiento de elaboración y aprobación.

El que dichos Tratados constitutivos se sitúen en la cúspide del ordenamiento jurídico comunitario, implica una consecuencia lógica, cual es la subordinación a los mismos del resto de fuentes comunitarias. Desde esta óptica se entiende la diferenciación entre el Derecho originario –referido a dichos tratados y a las normas convencionales que los han modificado a lo largo del tiempo - y el Derecho derivado -constituido por una serie de actos emanados de las instituciones comunitarias-.

Por lo que respecta a los instrumentos normativos de rango inferior, correspondientes, como acabamos de indicar, a lo que convencionalmente se denomina Derecho derivado, el artículo 288 del TFUE señala que “para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes”; de las que sólo las tres primeras se consideran fuentes vinculantes.

A pesar de la identificación efectuada por este precepto resulta necesario acudir a los siguientes para ser conscientes de la nueva distinción introducida por el TFUE, cual es la que diferencia entre actos legislativos y actos no legislativos, en función de que los mismos se aprueben siguiendo alguno de los procedimientos legislativos establecidos (ordinario o especial) o hayan sido adoptados de forma unilateral por una de las instituciones europeas. Este binomio no sólo no ha sustituido a la diferenciación clásica entre actos vinculantes y no vinculantes, sino que se superpone a ella. De manera que todos los actos legislativos se consideran, como no podría ser de otro modo, vinculantes, en tanto que los actos no legislativos podrán ser vinculantes o no. En este sentido, el panorama de las fuentes en el ordenamiento comunitario queda configurado del siguiente modo:

¹⁶⁵ Tal y como recoge el artículo 288 del TFUE.

a) *Reglamento*. Se erige en la principal fuente del Derecho Comunitario derivado, puesto que a partir de su entrada en vigor, sus efectos jurídicos se imponen en el conjunto de las legislaciones nacionales de forma simultánea, automática y uniforme. Se caracteriza por tener un alcance general (esto es, contiene prescripciones generales e impersonales¹⁶⁶); ser obligatorio en todos sus elementos, por lo que no es posible su aplicación incompleta, selectiva o parcial; y por ser directamente aplicable en cada Estado miembro. Lo que significa, por un lado, que no está sujeto a ninguna medida de incorporación al Derecho nacional, y por otro, que los particulares pueden utilizarlos como referencia en sus relaciones con otros particulares, con los Estados miembros o con las autoridades europeas.

b) *Directiva*. Se trata de un instrumento jurídico que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. En este sentido, se trata de un instrumento que no confiere derechos ni establece obligaciones de forma directa a los ciudadanos de la Unión sino que se dirige a los Estados miembros¹⁶⁷.

La Directiva se caracteriza por la flexibilidad de su utilización ya que establece una obligación de resultado pero deja libertad a los Estados con respecto a los medios para alcanzarlos. Al igual que el Reglamento, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, tampoco puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Ahora bien, se diferencia de aquél en que su aplicación no se produce de manera directa tras su entrada en vigor. O lo que es lo mismo, la entrada en vigor no implica un efecto directo en las legislaciones nacionales. Para ello, la Directiva precisa de una transposición previa al ordenamiento nacional por parte de los Estados miembros.

¹⁶⁶ No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que aunque el reglamento contempla categorías generales de personas también puede, sin embargo, limitarse a círculos de categorías de personas. En este sentido, STCE de 14 de diciembre de 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes y otros/Consejo de la CEE* (asuntos acumulados 16/62 y 17/62, RJ 1962 00901), apdos. 2 y 3.

¹⁶⁷ No obstante, el TJCE ha admitido el efecto directo de las directivas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que el Estado miembro destinatario no haya transpuesto la Directiva en el plazo estipulado lo haya hecho incorrectamente; que la directiva defina derechos que, de haberse introducido en el ordenamiento interno, hubieran eliminado una obligación o reconocido un derecho que los particulares podrían hacer valer frente al Estado; y que la obligación que se elimina o el derecho que se crea sea suficientemente preciso y no esté supeditado al cumplimiento de condición alguna. Véase, por todas, STJCE de 5 de abril de 1979, *Ratti* (asunto 148/78, RJ 1979/00919).

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial del efecto directo de las directivas no transpuestas o transpuestas incorrectamente ha conducido a que se haga una distinción entre efecto directo vertical (limitado a las relaciones entre poderes públicos y particulares) y efecto directo horizontal (que alcanza a las relaciones entre particulares).

El efecto directo de las Directivas que puede ser invocado ante los Tribunales ordinarios por los particulares es exclusivamente el vertical. Esto es, el Estado que no ha transpuesto la Directiva o lo ha hecho incorrectamente no puede oponer a los particulares su incumplimiento, ni exigirles el cumplimiento de las obligaciones que esa directiva imponía (STJUE de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez* (asunto C-282/10, Recopilación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2012:33). Pero no es posible que un particular exija a otro el cumplimiento de una Directiva no transpuesta o transpuesta de manera incorrecta (STJCE de 14 de junio de 1994, *Faccini Dori/Recreb Srl*. (asunto C-91/92, RJ 1994 I-3325).

c) *Decisión*. Es aquel instrumento jurídico del que disponen las instituciones europeas para aplicar sus políticas. Por medio de la decisión, las instituciones pueden exigir a un Estado miembro o a determinada persona física o jurídica que realice o se abstenga de realizar una acción, otorgarle derechos o imponerle obligaciones.

Este acto jurídico se caracteriza por ser obligatorio en todos sus elementos y tener un ámbito de aplicación general o estar dirigido a uno o varios destinatarios. En este último caso, su ámbito de aplicación es estrictamente individual, de manera que sólo tendrá efecto vinculante para sus destinatarios.

Las decisiones pueden ser directamente aplicables en las mismas condiciones que las directivas. Por ello, un particular sólo puede hacer valer los derechos conferidos por una decisión destinada a un Estado miembro en caso de que este último haya adoptado un acto de transposición.

d) *Recomendación*. Permite a las instituciones europeas dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación de forma no vinculante. Es decir, no implica una obligación legal para su destinatario, por lo que su inobservancia no tendrá consecuencia legal alguna.

e) *Dictamen*. Es aquel instrumento jurídico que permite a las principales instituciones europeas (Comisión, Consejo y Parlamento), al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social Europeo expresar un juicio o valoración de manera no vinculante, normalmente, en el marco de un proceso decisorio. Su emisión viene motivada por la intención de estas instituciones de evaluar una situación actual ante todos o algunos Estados miembros, otras instituciones de la Unión Europea o ante particulares.

Como decíamos, al igual que ocurre con las recomendaciones, los dictámenes no son vinculantes, si bien suelen servir para preparar actos jurídicos que sí lo serán posteriormente.

En muchos casos, los Tratados determinan el tipo de acto jurídico que ha de adoptarse, como ocurre, por lo que a este trabajo interesa, en relación a la libertad de circulación de trabajadores¹⁶⁸, al derecho de establecimiento¹⁶⁹ y a ciertos aspectos de la libre prestación de servicios¹⁷⁰. Sin embargo, son muchas las disposiciones que no prescriben un tipo de

¹⁶⁸ Artículo 46 del TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores”.

¹⁶⁹ Artículo 50 del TFUE: “A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social.”

¹⁷⁰ Es el caso de la liberalización de servicios, para el que el artículo 59 del TFUE establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, decidirán mediante directivas”.

acto concreto¹⁷¹. Cuando así sea, con arreglo al artículo 296, párrafo primero, del TFUE, las instituciones habrán de decidir en cada caso el tipo de acto que debe adoptarse “conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad”.

No podía concluirse este epígrafe sin hacer mención a otras fuentes que tienen su origen en las propias instituciones comunitarias. Nos referimos a los Programas de Acción Social, las Directrices Generales de Empleo, a los Libros Blancos y Verdes de la Comisión, e incluso, a las Conclusiones de los Consejos que en el caso de la política social, han tenido alguna relevancia puntual¹⁷². Y es que los impulsos más relevantes a la política social comunitaria han venido de la mano de estas actuaciones del Consejo y de la Comisión, que sin poseer la eficacia jurídica propia de los actos normativos reglados, han proyectado el marco de derechos mínimos laborales en la Unión Europea¹⁷³.

2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El 7 de diciembre de 2000, los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron solemnemente en Niza el ansiado texto¹⁷⁴.

Tras casi cincuenta años de inexistencia de un catálogo de derechos en el ámbito de las Comunidades Europeas, la elaboración de la CDFUE representó un importantísimo avance

¹⁷¹ Como es el caso de la posibilidad de extender el beneficio de las disposiciones que el TFUE establece en esta materia a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión, que recoge el artículo 56 del TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio (...), pero no especifica el acto para ello.

¹⁷² Como en el caso de la estrategia para el empleo diseñada en el Consejo de Lisboa en marzo de 2000, sucesor del Consejo de Luxemburgo de 1997 donde se establecieron por vez primera las Directrices Generales de Empleo.

¹⁷³ AA.VV, Ponencia presentada en XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: La Constitución Europea y las Relaciones Laborales, celebradas en Málaga en 2003, p. 22. Disponibles en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_251.pdf

¹⁷⁴ Como resultado de las vicisitudes vividas por la Carta, su texto ha sido objeto de publicación en el DOUE en distintas versiones según los estadios por los que ha pasado:

- la Carta según su elaboración por la I Convención y su proclamación solemne en Niza en diciembre de 2000 (DOUE C 364, de 18 de diciembre de 2000).
- la Carta dentro del Tratado Constitucional elaborado por la II Convención y que ésta presentó a la CIG en Roma en julio de 2003 (DOUE C 169, de 18 de julio de 2003).
- la Carta dentro del Tratado Constitucional finalmente aprobada y firmada por los jefes de Estado y de Gobierno (DOUE C 310, de 16 de diciembre de 2004).
- la Carta firmada y proclamada solemnemente al remitirse a ella el Tratado de Lisboa de 2007 (DOUE C 303/2, de 14 de diciembre de 2007).

2.1 ALCANCE Y VALOR JURÍDICO

La Carta posee una indudable trascendencia tanto en el ámbito interno de la propia Unión, como en la relación de ésta con el resto del mundo.

Por lo que respecta al interior de la Unión Europea, y centrándonos en primer lugar en su entramado institucional, la Carta impone ciertas restricciones tanto a las Instituciones comunitarias cuando ejercen las competencias atribuidas a ellas en los Tratados, como a los propios Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión¹⁷⁵.

En tanto que receptáculo de valores considerados fundamentales dentro de la Unión, la Carta pretende guiar la dirección en la que se desarrolla el Derecho de la Unión Europea. Así, no sólo restringe la manera en que se ejercitan las competencias, también ayuda a establecer los objetivos que se alcanzarán mediante el ejercicio de ellas. En este sentido, la finalidad natural de la Carta es influir en el desarrollo del derecho derivado, erigiéndose en la base de una auténtica política de derechos fundamentales dentro de la Unión Europea.

En segundo lugar y dentro también de la Unión Europea, pero más allá de sus instituciones, la Carta ejerce, de hecho, un efecto sobre la generalidad de los ciudadanos de la Unión, contrarrestando dos aspectos de la construcción comunitaria fuertemente criticados desde hace tiempo: el carácter esencialmente económico que ha caracterizado a ésta desde sus orígenes; y el acentuado sentimiento de tecnocracia con que se identifica a las instituciones de Bruselas.

Pero ante todo, la Carta tiene la virtualidad de hacer visibles los derechos y libertades que los europeos comparten y que les reúnen en torno a una comunidad de valores¹⁷⁶. Entre ellos se encuentran el derecho a circular libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁷⁷ y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados¹⁷⁸.

Como es sabido, ya se había intentando con anterioridad hacer visibles tales derechos y libertades por medio de la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Sin embargo, el

¹⁷⁵ Artículo 51.1 de la CDFUE: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”.

¹⁷⁶ Véase, Informe Simitis, *Afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*. Informe elaborado por un Grupo de expertos sobre Derechos Fundamentales, presidido por S. Simitis y presentado en febrero de 1999, en el marco de los trabajos preparatorios de la Carta de Niza, pp. 11 y 12 (Disponible en: <http://sid.usal.es/docs/F8/8.4.1-520/8.4.1-520.pdf>).

¹⁷⁷ Artículo 45.1 de la CDFUE.

¹⁷⁸ Artículo 21.2 de la CDFUE.

TJCE frustró tal posibilidad al señalar que las Instituciones comunitarias no estaban facultadas para actuar en lo relativo a derechos y libertades fundamentales¹⁷⁹.

En 1999 se dio de nuevo la ocasión de integrar el catálogo del CEDH a través del mecanismo de la “adhesión de hecho” o “adhesión forzada”, mencionado en el famoso asunto *Matthews*¹⁸⁰. A partir de esta Sentencia se estableció el debate en torno a los dos sistemas de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales con los que podría contar el derecho de la Unión Europea (TEDH y TJCE) y los temores consecuentes de tal dualidad¹⁸¹.

La principal preocupación radicaba en que el TJCE pudiese decidir cuestiones de interpretación del CEDH, sobre las que el TEDH aún no se hubiera pronunciado. Por ejemplo, imaginemos que en el seno de una respuesta a una cuestión prejudicial sometida al TJCE por un Juez o Tribunal de un Estado miembro, se obtenía un resultado contrario al esperado. El particular, persona a la que aquella decisión afectase de forma negativa, podía someter al TEDH la solución dada por el TJCE. De manera que el TEDH podía, a su vez, dar una interpretación contraria o distinta a la dada por el TJCE sobre el derecho o la libertad fundamental en cuestión.

Así, de forma paralela al Tribunal de Estrasburgo, el TJCE amplió su práctica y comenzó a desarrollar un concepto europeo de derechos y libertades fundamentales. Los Estados miembros mostraron una preocupación creciente por estas interpretaciones del TJCE, pues pese a que este Tribunal se inspiraba en el CEDH y en las Constituciones de los Estados miembros, algunos países dudaban de que aquél poseyera competencia suficiente¹⁸².

Como señalamos al inicio, aquella visibilidad de los derechos cumplía, también, una finalidad externa en la relación de la Unión Europea con el resto del mundo. Era la Unión Europea, como tal, la que debía afrontar sus responsabilidades de potencia

¹⁷⁹ Dictamen del TJCE núm. 2/94, de 28 de marzo de 1996, en el que el Tribunal negó la posibilidad de que la Comunidad Europea se adhiriese al CEDH (Rec. 1-1996/3, p. 1759-1790).

¹⁸⁰ STEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews / United Kingdom*, (asunto 24833/94, TEDH 1999-I). En virtud de dicho mecanismo, si las instituciones comunitarias violan un derecho reconocido por el Convenio, los perjudicados por tal violación pueden recurrir al TEDH.

El hecho de que el derecho comunitario no otorgase competencia al TJUE fue el factor decisivo para que el TEDH admitiese a trámite la demanda. No obstante, el TEDH concluyó que, gracias a la divergencia de criterios de competencia entre ambos tribunales, no sería posible una yuxtaposición de jurisdicciones, sino una complementariedad.

¹⁸¹ Véase, C. Blasi Casagran, *La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*, Cuadernos de trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos, Núm. 51, Barcelona, 2010, pp. 20 y ss.

¹⁸² En la STC de Alemania de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, cit. ; y en la sentencia del mismo tribunal de 22 de octubre de 1986, *Solange II* (BvR 197/S3, BVerfGE 73, 339), el Alto Tribunal alemán afirmó que, mientras no existiera un catálogo expreso de derechos fundamentales, conservaría el derecho a verificar la constitucionalidad de los textos comunitarios. En sentido análogo se pronunció el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia de 27 de diciembre de 1973, *Frontini*, cit.

mundial, afirmándose a sí misma mediante la exteriorización de sus valores, dentro de los cuales ocupaba un lugar primordial el respeto de los derechos y libertades fundamentales¹⁸³.

En cuanto a su valor jurídico, la solemne proclamación de la CDFUE en el Consejo Europeo de Niza distaba bastante de una plena atribución de valor jurídico vinculante¹⁸⁴. Sin embargo, tal proclamación no pasó desapercibida para el TJCE que, en numerosas ocasiones, le concedió cierta virtualidad en cuanto expresión de los valores fundamentales compartidos por los Estados miembros¹⁸⁵.

2.2 INCORPORACIÓN AL TRATADO CONSTITUCIONAL

El Tratado Constitucional¹⁸⁶, en cumplimiento del mandato de Laeken¹⁸⁷, realizó una labor de simplificación del derecho originario de la Unión, en lo que supuso un punto de

¹⁸³ B. Sicilia Oña, *Derechos Fundamentales y Constitución europea*, cit., p. 83.

¹⁸⁴ Recordemos que la Carta fue solemnemente proclamada, pero no quedó incluida en el Tratado.

¹⁸⁵ Véanse los apartados aquí señalados en las conclusiones de Abogados Generales, en adelante CAG, de las siguientes sentencias del TJUE: Apdo. 28 CAG, Sentencia de 20 de junio de 2002, *G. Mulligan y otros / Ministerio de Agricultura y Alimentación de Irlanda* (asunto C-313/99, Rec. 2002 p. I-5719); apdo. 58 CAG, Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión de las Comunidades Europeas / República italiana*, (asunto C-224/00, Rec. 2002 p. I-2965); apdos. 59, 93, 110 y 124 CAG, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R / Secretaría de Estado del Ministerio del Interior*, (asunto C-413/99, Rec. 2002 p. I-7091); apdo. 259 CAG, Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) Limited and Imperial Tobacco Limited / Secretaría de estado para la Salud*, (asunto C-491/01, Rec. 2002 p. I-11453); apdos. 27 y 28 CAG, Sentencia de 26 de junio de 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) / Secretaria de Estado sobre Comercio e Industria*, (asunto C-173/99, Rec. 2001 p. I-4881); apdo. 40 CAG, Sentencia de 27 de noviembre de 2001, *Z / Parlamento Europeo*, (asunto C-270/99 P, Rec. 2001 p. I-9197); apdo. 197 CAG, Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos / Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, (asunto C-377/98, Rec. 2001 p. I-7079).

Todas estas sentencias se encuentran detalladas en el trabajo de B. Sicilia Oña, *Derechos Fundamentales y Constitución europea*, cit., pp. 253 a 258.

¹⁸⁶ Firmado en Roma el 9 de octubre de 2001 (DOUE C 310, de 16 de diciembre de 2004). Debía entrar en vigor el 1 de noviembre de 2006 (véase Artículo IV-447 del Tratado), a reserva de que se depositaran, antes de esta fecha, todos los instrumentos de ratificación.

¹⁸⁷ Declaración adoptada en el Consejo Europeo de Laeken (Bélgica), que se celebró los días 14 y 15 de diciembre de 2001. En esta declaración, relativa al futuro de la Unión Europea, se plantearon sesenta preguntas clave sobre el futuro de la Unión, articuladas en torno a cuatro temas: el reparto y la definición de las competencias, la simplificación de los Tratados, la arquitectura institucional y el camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos. Para encontrar respuestas a estos interrogantes, la Declaración convocaba una Convención que reunió a los principales participantes en el debate sobre el futuro de la Unión. Esta Convención tuvo el cometido de examinar las cuestiones esenciales que planteaba el desarrollo de la Unión en el futuro, a fin de garantizar una preparación lo más amplia y transparente posible de la CIG. Disponible en:

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf

inflexión importante en el proceso de integración europea al poner fin a la dispersión normativa en varios Tratados¹⁸⁸.

El origen de este Tratado se hallaba en la necesidad existente, desde hacía tiempo, de proceder a una sistematización de los Tratados. Desde el primero de ellos, el TCECA, la producción normativa no cesó. El Derecho comunitario originario había llegado a estar constituido por varios Tratados y numerosos Protocolos, a los que se sumaban además los diferentes Tratados de adhesión. De esta forma, los Tratados eran cada vez menos abarcables y comprensibles, y la arquitectura europea no respondía a las demandas de transparencia y simplificación¹⁸⁹.

Más que por logros concretos, el Tratado Constitucional será recordado por el gran esfuerzo de simplificación¹⁹⁰ y transparencia, y por su profundización en la identidad europea.

Durante la elaboración de este texto se puso de manifiesto un elevado consenso en torno a la convicción de que algo tan esencial como los derechos y las libertades fundamentales debía tener cabida en el marco constitucional de la Unión. Se hacía preciso por tanto hallar un mecanismo que permitiera a la CDFUE ser jurídicamente vinculante y tener un estatuto constitucional, respetando su contenido íntegro tal y como éste había sido redactado. Esto se consiguió con la inserción de una referencia a la Carta y una remisión a la parte de la Constitución que la contenía¹⁹¹.

Con la incorporación a la parte II¹⁹² del Tratado, la Carta adquiriría valor jurídico vinculante con rango constitucional.

¹⁸⁸ El Tratado derogaba el Derecho originario vigente hasta entonces, pero mantenía el Derecho derivado junto con la interpretación jurisprudencial del TJCE. Quedarían derogados el TCE y el TUE (Artículo IV-437) -junto con los actos que en su día los completaron o modificaron (Protocolo anexo núm. 33)-; así como los distintos Tratados de Adhesión (con las salvedades establecidas en los Protocolos anexos 8 y 9). En definitiva, los Estados dejarían de ser miembros de las Comunidades europeas y de la Unión Europea al amparo de sus respectivos Tratados de Adhesión, y serían miembros de la Unión Europea en virtud del Tratado Constitucional. Por su parte, el Tratado Euratom no iba a ser derogado, sino que se mantendría en vigor a través de la remisión llevada a cabo por el Protocolo anexo 36, que, lógicamente, realizaba ciertas adaptaciones.

¹⁸⁹ La reorganización de los Tratados, unida a unos procedimientos de revisión más acordes con el incremento del número de Estados miembros, presentaría, a juicio de la Comisión, unas ventajas evidentes para el futuro avance de la construcción europea [Contribución para la preparación de la CIG. Comunicación de la Comisión, *Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito*, de 10 de noviembre de 1999, COM (1999) 592].

¹⁹⁰ El Tratado Constitucional presentaba una estructura de cuatro partes, a las que se sumaban 36 Protocolos y 41 Declaraciones anexas. Todo ello daba lugar a un texto de una considerable extensión, que, no obstante, en términos generales y comparado con la situación anterior, resultaba legible y comprensible.

¹⁹¹ “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la parte II” (Artículo I-9 del Tratado).

¹⁹² Artículos II-61 a II-114 del Tratado.

Tras este gran avance, el texto de la futura Constitución Europea fue acordado y firmado por los entonces jefes de gobierno de los 25 Estados miembros¹⁹³. Sin embargo, antes de que pudiera entrar en vigor, tenía que ser ratificado por cada Estado miembro¹⁹⁴. Se abrió así un problemático proceso de ratificación que llevaría a la Unión Europea a un periodo de desorientación, que bien podría calificarse de crisis de amplio calado¹⁹⁵.

Finalmente, y ante las dificultades de ratificación, los jefes de Estado o de Gobierno convinieron en convocar una Conferencia intergubernamental encargada de finalizar y adoptar no ya una Constitución, sino un Tratado de Reforma para la Unión Europea.

En este escenario, la firma de la Declaración de Berlín, de 25 de marzo de 2007 para conmemorar el cincuenta aniversario de los tratados de Roma supuso el primer paso hacia el ansiado desenlace. Aunque en realidad obedeció inicialmente a una iniciativa de la Comisión¹⁹⁶, la presidencia alemana vio en ella una suerte de Declaración de Messina para, al estilo de lo que ocurrió tras el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa, relanzar 52 años después un nuevo proyecto de integración más realista que sustituyera a un Tratado Constitucional, que muchos daban ya como irremediabilmente enterrado. La Unión Europea parecía haber encontrado, por fin, en el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007, el camino para salir de la complicada situación en que se encontraba. La cumbre se cerró con un acuerdo que establecía lo que se dio en llamar “hoja de ruta”; aprobando, además, un mandato de convocatoria de una nueva conferencia intergubernamental que se celebraría en julio de 2007 y que finalmente arrojó un nuevo documento en forma de Tratado de Reforma.

3. TRATADO DE LISBOA

El 13 de diciembre de 2007 se firmó en Lisboa el último Tratado por el que se modifican el TUE y el TCE¹⁹⁷. Este Tratado, que recoge en lo sustancial prácticamente todo lo que

¹⁹³ El acuerdo se produjo en el Consejo Europeo de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004. Por su parte, la firma del Tratado Constitucional tuvo lugar el 29 de octubre de 2004 (DOUE C 310, de 16 de diciembre de 2004).

¹⁹⁴ Artículo IV-447 del Tratado.

¹⁹⁵ El rechazo al Tratado Constitucional en sendos referéndums celebrados en Francia y Países Bajos produjo un estado generalizado de aturdimiento político en Europa, que no sólo paralizó el proceso de ratificación, sino el propio desarrollo futuro de la Unión Europea. En el referéndum francés celebrado el 29 de mayo de 2005, el proyecto de Constitución fue rechazado por el 54.68% de los votantes. En los Países Bajos, el 61.54% de los votantes lo rechazó igualmente en el referéndum celebrado el 1 de junio de 2005. Datos disponibles en: <http://www.erc2.org/14.0.html?&L=3%2520>.

¹⁹⁶ Comunicación al Consejo Europeo de 10 de mayo de 2006, A Citizen's Agenda-Delivering Results for Europe; COM (2006) 211 final.

¹⁹⁷ Su entrada en vigor tuvo lugar el 1 de diciembre de 2009 ante la reticencia irlandesa a su ratificación. Irlanda fue el único Estado miembro que celebró un referéndum sobre el Tratado de Lisboa, además de una votación parlamentaria. El gobierno irlandés decidió someter el asunto a un referéndum sobre la base del asesoramiento jurídico que, de lo contrario, violaría la Constitución irlandesa. Todos los miembros de los tres partidos gubernamentales apoyaron el "Sí" en las campañas. La mayoría de los sindicatos irlandeses y las organizaciones empresariales también. Por su parte, los votantes irlandeses, rechazaron el

de novedoso tenía el Tratado Constitucional, modifica la estructura de las Instituciones europeas y sus métodos de trabajo sobre la base de que Europa necesita instrumentos eficaces y coherentes, adaptados no sólo al funcionamiento de una Unión ampliada, sino también a las rápidas transformaciones del mundo actual.

Uno de los rasgos que más llaman la atención de este Tratado es que intensifica los objetivos sociales de la Unión Europea, al establecer que en todas sus políticas y acciones, la Unión Europea tendrá en cuenta la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada y obrará en pro del desarrollo sostenible basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social¹⁹⁸.

Este Tratado no sólo incluye la cláusula social como principio inspirador que debe regir toda actuación de la Unión, sino que sitúa el pleno empleo y el progreso social como objetivos que Europa ha de alcanzar. De esta forma, la dimensión social deberá ser tenida en cuenta en todas las políticas de la Unión Europea.

Por lo que respecta a la CDFUE, en este Tratado se asumió el carácter normativo, con el mismo valor jurídico que los Tratados, pero tal y como la misma fue adaptada en diciembre de 2007. Es cierto, no obstante, que la CDFUE no aparece en el cuerpo del nuevo Tratado, pero queda vinculada a él a través de una remisión contenida en el artículo 6 del TUE¹⁹⁹, que establece además su carácter vinculante²⁰⁰; sin que ello implique atribución de competencia alguna a la Unión en esta materia.

El logro de contar con un elenco de derechos fundamentales aplicables y vinculantes en toda la Unión Europea se ve empañado por algunas circunstancias que disminuyen la trascendental importancia de este cambio normativo.

tratado en la primera votación realizada el 12 de junio de 2008, donde el 53,4% de los electores se pronunció en contra del Tratado y 46,6% a favor, sobre un total del 53,1% de votantes. Sin embargo, el Gobierno irlandés impulsó una votación definitiva sobre la cuestión el 2 de octubre de 2009, en la que con un 59% de participación, el 67,13% de los votos resultó favorable al Tratado y el 32,87% fue desfavorable a la ratificación del mismo. El Tratado entró en vigor el primer día del mes siguiente al de la última ratificación, es decir, el 1 de diciembre de 2009 (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007).

¹⁹⁸ Artículo 9 del TFUE [Versión consolidada de 26 de octubre de 2012 (DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012), resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009; incluyendo las correcciones de errores adoptadas desde la anterior publicación (DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010)].

¹⁹⁹ artículo 6.1 del TUE. “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales (...) la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”.

²⁰⁰ En este punto hemos de indicar que Reino Unido y Polonia cuentan con un Protocolo especial de aplicación de la CDFUE. El Protocolo núm. 30, sobre la no aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales al Reino Unido y a Polonia, anejo al Tratado de Lisboa, establece lo siguiente: “(...) Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido.”

El primer elemento que disminuye la importancia de esta decisión es la falta de concreción o el carácter genérico de muchos de los derechos fundamentales reconocidos, especialmente los sociales y específicamente los laborales. Esto podría explicarse por la existencia de la CDSFT. Sin embargo, esa Carta, que fue adoptada en 1989 y a la que hace referencia el actual artículo 151 del TFUE, no es un instrumento jurídico vinculante, sino que se limita a establecer un catálogo de lo que se consideran obligaciones morales o políticas de los Estados miembros. Lo que se pone de manifiesto en el propio artículo 151, que señala que los Estados miembros en sus objetivos de política social tendrán en cuenta los derechos reconocidos en la misma, como también los reconocidos en la Carta Social europea.

En consecuencia, la Carta no resulta oponible frente a normas internas de cada Estado, sino que más bien supone un catálogo de derechos limitados al ámbito de la propia Unión Europea. No obstante, cuando un órgano judicial interno interprete disposiciones con origen en derecho comunitario, por ejemplo en una Directiva, deberá tener en cuenta que la interpretación de esa norma comunitaria debe hacerse desde la propia Carta de Derechos Fundamentales, que goza así de una eficacia interpretativa esencial²⁰¹.

Por otro lado, también disminuye la trascendencia de esta Carta la no ampliación de las competencias de la Unión Europea y su interpretación y aplicación conforme a las disposiciones generales de su propio Título VII; en cuyo artículo 51, encargado de establecer el ámbito de aplicación de la Carta, se señala que sus disposiciones están dirigidas a los órganos e instituciones de la Unión Europea, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

El tercer aspecto que también limita la importancia de esta Carta viene referido a la frecuencia con la que el reconocimiento de los derechos queda condicionado a las prácticas nacionales; tratando con ello de disminuir el grado de invasión de las normas de la Unión Europea en el ordenamiento interno de cada Estado.

Por todo ello, la existencia de la CDFUE, sin dejar de constituir un paso relevante, no tiene la importancia que debiera tener en materia social y, en general, su objetivo se reduce fundamentalmente a fijar un canon de interpretación y aplicación de la normativa europea en orden a garantizar los derechos contenidos en ella²⁰².

En todo caso, la Carta es Derecho de la Unión y, en consecuencia, el órgano judicial interno, cuando considere que una norma interna colisiona con la misma²⁰³, debe dejar

²⁰¹ C.L Alfonso Mellado, *Constitución, Tratados internacionales y Derecho del Trabajo*, Lex Social RJDS, Vol. 5, Núm. 1, p. 32.

²⁰² *Ibidem*, p. 34.

²⁰³ Tal y como ha establecido el TJUE en jurisprudencia reciente, el órgano judicial interno tiene la capacidad de valorar la compatibilidad entre la norma interna y la citada Carta, sin necesidad de que la

de aplicar dicha norma interna, operando de la misma forma que se establece con el resto del Derecho de la Unión Europea; esto es, reconociendo la primacía de la Carta sobre el ordenamiento interno.

A pesar de que con este Tratado se mejoraron los medios de la Unión para hacer frente a retos económicos, sociales y de seguridad, los buenos propósitos de Lisboa fueron echados abajo por la coyuntura económica. El 29 de octubre de 2008, la Comisión reconoció la existencia de una “crisis sin precedentes de los mercados financieros internacionales”²⁰⁴, hasta tal punto que se produjo un cambio radical del enfoque existente. Se pasó de la preocupación por la reforma institucional al desarrollo de instrumentos concretos que sirvieran para responder al colapso financiero y su consecuencia social más inmediata: el desempleo²⁰⁵.

Desafortunadamente, tras la reforma de Lisboa, el balance de la puesta en práctica de lo dispuesto en los Tratados en los últimos años arroja un triste resultado. Y es que, si bien se han aprobado varios documentos relevantes²⁰⁶, lo cierto es que ha predominado la actualización y revisión de directivas²⁰⁷ frente a la actividad puramente innovadora²⁰⁸.

contradicción se desprenda con absoluta claridad de la propia Carta o de la jurisprudencia sobre la misma (véase el apdo. 48 de la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson* (asunto C-617-10, Recopilación electrónica. Identificador: ECLI:EU:C:2013:105), sin perjuicio de la posibilidad de acudir a plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

²⁰⁴ Comunicación de la Comisión, de 9 de octubre de 2008, *De la crisis financiera a la recuperación: Un marco europeo de acción*, COM(2008) 706 final.

²⁰⁵ Véase, J. Gárate Castro, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp.76 y ss.

²⁰⁶ Véase el Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* [COM(2006) 708 final –no publicado en el DOUE], cuya finalidad es plantear un debate público en la Unión Europea acerca de la modernización del Derecho laboral frente a las evoluciones de los mercados de trabajo europeos.

Véase también, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de junio de 2007, *Hacia los principios comunes de la flexibilidad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad* [COM(2007) 359 final - no publicada en el DOUE]. Con ella se dio carta de naturaleza a la “flexibilidad”, que apareció posteriormente reforzada en el diseño de la Estrategia Europa 2020. Estrategia plasmada en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* [COM (2010) 2020 final - no publicada en el DOUE].

²⁰⁷ Véase, por ejemplo, la 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 (DOUE L 122/28, de 16 de mayo de 2009); la Directiva 2010/18/Unión Europea del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DOUE L 68/13, de 18 de marzo de 2010); y la Directiva 2010/41/Unión Europea del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DOUE L180/1, de 15 de julio de 2010).

En el mismo sentido, la propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE sobre la protección de la mujer embarazada [COM(2008) 637 final - no publicada en el DOUE]; o el aun no abandonado intento de perfeccionar la Directiva 96/71/CE [Directiva 2014/67/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15

Por otro lado, la apuesta por la facilidad que supone la coordinación de sus sistemas nacionales ha supuesto además el abandono del intento de armonización legislativa en materia social que había acompañado tímidamente el devenir de la Unión Europea²⁰⁹. Lo que se ha traducido en una ralentización de la unificación de las normas jurídicas de los Estados miembros.

La crisis no sólo ha puesto de manifiesto la gravedad de los retos fijados para Europa²¹⁰, sino también la dificultad de avanzar firmemente hacia un Modelo Social Europeo, al quedar supeditada la política social a criterios de eficiencia, rentabilidad y competitividad.

En este escenario, el panorama de recuperación económica que se ofrece es el de austeridad. Y es precisamente en este horizonte en donde se ha de luchar por cumplir los retos que plantea la estrategia *Europa 2020: competitividad, empleo y movilidad*²¹¹.

de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE (DOUE L159/11, de 28 de mayo de 2014)].

²⁰⁸ Por lo que a este trabajo interesa debemos destacar especialmente, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L159, de 28 de mayo de 2014). Aunque también se han aprobado varias directivas que responden claramente a una voluntad de captar de manera principal trabajadores nacionales de terceros países: Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE L155/17, de 18 de junio de 2009); la Directiva 2009/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L168/24, de 30 de junio de 2009); y la Directiva 2011/98/Unión Europea del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (DOUE L 343/1, de 23 de diciembre de 2011).

²⁰⁹ La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE L 327/9, de 5 de diciembre de 2008) se presenta como la principal manifestación de armonización legislativa –en materia social– en Europa desde el Tratado de Lisboa.

²¹⁰ Como se recoge en la introducción de la nueva Estrategia *Europa 2020*: “Europa se enfrenta a un momento de transformación. La crisis ha echado por tierra años de progreso económico y social y expuesto las debilidades estructurales de la economía europea”.

En junio de 2010 se adoptó la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, que constituye la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y el empleo con una duración prevista de 10 años. Con ella se pretende que Europa salga fortalecida de la crisis y se convierta en una economía inteligente, sostenible e integradora, que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social. [COM(2010) 2020 final – no publicada en el DOUE]. Disponible en: http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_es.pdf

²¹¹ La Comisión parte de la idea de que Europa no se está adaptando como debería a las sacudidas que soporta su economía. Por ello, las empresas deben ser capaces de adaptar su mano de obra a las condiciones económicas cambiantes y han de poder contratar a trabajadores que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables, sustentando así su capacidad de

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Tanto la CDFUE como el TFUE consagran el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros²¹², así como el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados²¹³. En este sentido, la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios que se regulan actualmente en el TFUE (artículos 45 y 56, respectivamente), deben ser concebidas como una concreción del genérico derecho reconocido a los ciudadanos de la Unión Europea de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Lo que viene a diferenciar ambas libertades del planteamiento inicial recogido en los primeros Tratados.

En efecto, no debemos olvidar que, aunque en el TCEE se hablara de la libre circulación de personas, en la práctica la libre circulación quedaba limitada a garantizar la circulación y el desplazamiento motivados por actividades económicas, y por tanto, se entendía referida exclusivamente a los sujetos económicos, ya fueran trabajadores o prestador de servicios²¹⁴.

En ese sentido, la libre circulación ha pasado de ser un principio de organización del mercado común a ser un derecho de las personas, que permite la entrada, residencia y trabajo en los países de la Unión Europea. Y es que esos instrumentos de Derecho Originario (la CDFUE y el TFUE) consagran derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, no por aquella condición de sujetos económicos, sino precisamente por ser titulares de la ciudadanía de la Unión.

En general, las disposiciones del TFUE relativas a libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer su actividad económica en el territorio de otro Estado miembro. En este contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutaban, en particular, del derecho fundado directamente en el Tratado, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y

innovación y competitividad (Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020*, cit., *passim*).

En palabras de L. Andor, actual Comisario Europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, “*en el contexto actual, la recuperación económica debe ir acompañada de un aumento en el empleo (...) sólo así podremos alcanzar el compromiso adquirido en la Estrategia Europa 2020*” (Guía Social Europea: Políticas de empleo, Julio, 2011. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738 & langId=en&pubId=6041&visible=1>).

²¹² Artículo 45.1 de la CDFUE y artículos 20.2 y 21 del TFUE.

²¹³ Artículo 21.2 de la CDFUE y artículo 18.1 del TFUE

²¹⁴ Véase epígrafe 1.1 del Capítulo I del presente trabajo.

permanecer en él con el fin de ejercer allí su actividad económica²¹⁵.

Sin embargo, ello no quiere decir que en los Tratados haya desaparecido la visión económica de la libre circulación, pues el TFUE sigue garantizando como objetivo de la Unión la existencia del mercado interior que “implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”²¹⁶.

Para que estos derechos puedan hacerse efectivos es preciso que no encuentren obstáculos que impidan su ejercicio. En este sentido se ha pronunciado el TJUE al señalar que las disposiciones del Tratado²¹⁷ se oponen a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en un Estado miembro²¹⁸. Por consiguiente, las disposiciones que impidan o disuadan a nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los afectados²¹⁹.

Por ello, el TJUE ha señalado también que una medida que obstaculiza estas libertades solamente puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y si está justificada por razones imperiosas de interés general. Siendo necesario, en tal caso, que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Esta cuestión será abordada en profundidad más adelante²²⁰, por lo que permítasenos limitarnos aquí a este apunte.

Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio de estos derechos sea ilimitado, pues el propio TFUE establece la sujeción de los mismos a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (artículo 21.1). En consonancia con esta previsión, el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión queda asegurado “sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”, tal y como recoge el artículo 45.3 del propio Tratado. Se trata de limitaciones de orden público que reserva a los Estados ciertas prerrogativas para establecer condiciones específicas para

²¹⁵ STJUE de 11 de enero de 2007, *ITC* (asunto C-208/05, RJ 2007 I-00181), apdo. 32; y jurisprudencia citada en la propia sentencia.

²¹⁶ Artículo 26.2 del TFUE.

²¹⁷ Referido al TCE.

²¹⁸ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, cit., apdo. 31; y numerosa jurisprudencia citada en la propia sentencia.

²¹⁹ STJCE de 26 de enero de 1999, *Terhoeve* (asunto C-18/95, RJ 1999 I-00345), apdo. 39; y jurisprudencia citada en la propia sentencia.

²²⁰ Véase *infra* epígrafe

salvaguardar el interés del Estado²²¹. No hay, pues, un derecho absoluto a la libre circulación, sino que conoce limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, que deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

5. GARANTÍAS NORMATIVAS PARA LA EFECTIVIDAD DE AMBAS LIBERTADES

5.1 EL DERECHO ORIGINARIO

El TFUE contempla la utilización de distintos instrumentos para hacer efectivos estos derechos. Si bien, contiene alguna identificación clara y precisa del instrumento en cuestión, son numerosas las ocasiones donde las disposiciones no especifican el tipo de acto que ha de ser adoptado.

En relación al derecho a la libre circulación de trabajadores, el artículo 46 del TFUE prevé la utilización tanto de las directivas como de los reglamentos para garantizar su efectividad; lo que evidencia el interés del legislador comunitario por aplicar el derecho a libre circulación dado el carácter vinculante de estos instrumentos, aunque no se decante por ninguno en especial. Sin embargo, dentro de esta libertad el propio legislador comunitario también contempla una opción más abierta en materia de seguridad social, tal y como se desprende de la propia redacción del artículo 48 del TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, *las medidas necesarias* para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores”.

Por lo que respecta a la libertad de prestación de servicios, las únicas previsiones vienen referidas, por un lado, a la posibilidad de extender el beneficio de las disposiciones que el TFUE establece en esta materia a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión, pero sin especificar el acto para ello, tal y como recoge el artículo 56 del TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio (...); y, por otro, a la liberalización de servicios sobre las que el Parlamento Europeo y el Consejo habrán de decidir mediante directivas, previa consulta al CES²²²”.

En definitiva, a pesar de que el TFUE prevea medidas para garantizar el ejercicio de las dos libertades comunitarias en las que la prestación de servicios transnacional encuentra cobertura, no siempre es claro en cuanto al instrumento jurídico mediante el que se debe

²²¹ La norma comunitaria que tiene actualmente vigencia en esta materia es la Directiva 2004/38/CE 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 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 y 93/96/CEE (DOUE L158, de 30 de abril de 2004), cuyos artículos 27 a 31 se ocupan de regular las reglas que deben regir las limitaciones en materia de orden público y seguridad pública.

²²² Artículo 59 del TFUE.

llevar a cabo. Pasemos pues a analizar el uso que se ha venido haciendo de las distintas fuentes de derecho derivado en esta materia.

5.2 EL DERECHO DERIVADO. LA OPCIÓN PREFERENTE DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA

El punto de partida de este análisis viene determinado por el hecho de que los Tratados no establecen, con carácter general, reglas de reserva normativa, sobre todo a efectos de que determinadas materias tan sólo puedan ser reguladas por medio de Reglamento. En efecto, no existe en los Tratados una reserva material a favor del Reglamento comunitario frente a la Directiva, lo que se deduce de la caracterización que los artículos 288 a 298 del TFUE realizan de dichos actos jurídicos. Ambos tipos de fuentes responden a objetivos y destinatarios diferenciados, lo que se traduce en una eficacia jurídica distinta y en una técnica de aprobación y aplicación normativa diferenciada también.

Tampoco existe una posición diversa en la jerarquía normativa comunitaria entre Reglamentos y Directivas, sino que más bien se trata de un reparto de funciones en cuanto a la forma de su integración respecto del Derecho nacional de los Estados miembros.

Ahora bien, el hecho de que la delimitación material para ambas fuentes dependa de la acción institucional y de lo dispuesto en los Tratados, implica que el desarrollo de las diferentes políticas, entre ellas la social, se haya visto fuertemente condicionado por el uso de una u otra fuente formal. En la política social comunitaria resulta irrefutable que la Directiva ha sido y es el motor de desarrollo de la misma, y ello a pesar de las dificultades intrínsecas propias del procedimiento legislativo ordinario del artículo 294 del TFUE. Varias son las circunstancias que han inclinado la balanza a favor de la Directiva, como instrumento jurídico estrella en el acervo comunitario en materia laboral²²³.

En primer lugar, ciertos desarrollos normativos, a través del Derecho derivado, deben efectuarse mediante Directivas comunitarias porque así se recoge de manera expresa en los propios Tratados (caso, por ejemplo, de la liberalización de servicios del artículo 59 del TFUE); quedando con esto vedado su desarrollo a través de Reglamentos. Esto se pone particularmente de manifiesto en el ámbito de la política social comunitaria, tal y como se desprende de lo previsto de forma expresa en el artículo 153.2.b) del TFUE, en el que específicamente se menciona a la Directiva como la forma de efectuar la armonización, negando así toda posibilidad de actuación mediante el Reglamento comunitario. Y es que al dirigirse la actuación comunitaria en esta materia a lograr objetivos comunes, y no tanto a unificar la legislación, el instrumento de la Directiva - como fórmula de no aplicación directa, sino a través de la transposición nacional- es la que resulta más flexible, la que mejor responde al respeto a las culturas laborales de cada

²²³ AA.VV, Ponencia presentada en XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: La Constitución Europea y las Relaciones Laborales, cit., p. 16.

Estado miembro y la que, en definitiva, es más respetuosa con el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio que debe orientar con carácter general la opción de las correspondientes instituciones comunitarias²²⁴.

Esta es la razón fundamental por la que el Derecho comunitario en materia de legislación laboral esté constituido casi exclusivamente por Directivas, de forma que resultan excepcionales los Reglamentos en esta disciplina jurídica.

En segundo lugar, ocurre que algunos preceptos utilizan expresiones genéricas o imprecisas, lo que se traduce en una libertad de elección entre el Reglamento y la Directiva. Así ocurre, por ejemplo, en materia seguridad social, en donde el artículo 48 del TFUE señala que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, *las medidas necesarias* para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores (...)”. En otras ocasiones, los artículos contemplan ambas opciones, dejando en manos de las instituciones la elección entre uno y otro instrumento. Esto es lo que sucede en materia de libre circulación de trabajadores, en donde el artículo 46 del TFUE establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, *mediante directivas o reglamentos*, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores”. Esta elección deberá respetar en todo caso el criterio recogido en el artículo 296 del TFUE, conforme al cual, cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso atendiendo a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad.

Esta posibilidad de elección ha supuesto en la práctica una decantación clara, por parte de las instituciones, hacia la directiva. De manera que sólo excepcionalmente ha acudido a la posibilidad de aprobar Reglamentos en materia social. Así ha ocurrido, por citar algunos ejemplos relacionados con nuestra materia de estudio, en materia de libre circulación (Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores²²⁵; el ya derogado Reglamento 1251/70, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido un empleo²²⁶; y Reglamento 1030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países²²⁷); o en materia de Seguridad Social

²²⁴ Tal y como señalan los artículos 296 del TFUE y 5.4 del TUE.

²²⁵ Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOUE L257, de 19 de octubre de 1968).

²²⁶ Reglamento (CEE) n° 1251/70 relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (DOUE L 142, de 30 de junio de 1970). Derogado por el Reglamento (CE) n° 635/2006 de la Comisión, de 25 de abril de 2006 (DOUE L 112, de 26 de abril de 2006), ya que el contenido de dicho Reglamento se encuentra recogido y ampliado en la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004.

²²⁷ Reglamento (CE) n° 1030/2002, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOUE L 157, de 15 de junio de 2002). Modificado por el Reglamento (CE) n° 380/2008 del Consejo, de 18 de abril de 2008 (DOUE L115, de 29 de abril de 2008).

(Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social²²⁸).

Podría considerarse como tercer elemento que sustenta el protagonismo de la directiva en materia laboral los términos en los que se recoge en el TFUE, la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de política social (artículo 151 del TFUE):

“ A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

Esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

Siendo evidente que sólo la Directiva responde a estas expectativas de armonización social y aproximación legal, en tanto norma que obliga a los Estados destinatarios en cuanto al resultado a conseguir, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Recapitulando todo lo anterior, podemos afirmar que, más allá de los imperativos generales derivados del modelo normativo comunitario, la Directiva es el instrumento jurídico que se ha adaptado mejor a las necesidades de flexibilidad requeridas por los procesos de convergencia en materia de política social. Las diferencias de partidas entre los modelos de relaciones laborales de unos y otros países resulta tan acentuada, se encuentra tan enraizada en la historia y la cultura de cada país, que podría resultar contraproducente cualquier intento de forzar una unidad de regímenes, que por lo demás no pasaría de ser meramente formal. Por ello, desde el inicio de la política social comunitaria ha primado la consecución del consenso respecto de los objetivos a perseguir, relativizándose el hecho de que cada Estado optara por alcanzarlo a través de unos u otros medios. Y, justamente, a tal efecto, la Directiva comunitaria se ha mostrado como la herramienta más útil para esta forma de trabajar conjuntamente²²⁹.

²²⁸ DOUE L 166 de 30 de abril de 2004, corregido en DOUE L 200 de 7 de junio de 2004 y modificado en último lugar por el Reglamento (CE) n.º 465/2012 (DOUE L 149, de 8 de junio de 2012).

²²⁹ AA.VV, Ponencia presentada en XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: La Constitución Europea y las Relaciones Laborales, cit., p. 19.

6. LA INTERVENCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La singularidad del procedimiento de elaboración de la norma laboral comunitaria deriva del establecimiento de la consulta obligatoria a los sujetos sociales europeos que, de este modo, participan en el sistema normativo comunitario.

Este papel fundamental en el procedimiento de adopción de actos legislativos sobre materias laborales fue diseñado, como vimos, en el Acuerdo sobre la política social, dentro del Tratado de Maastricht de 1992, y consolidado gracias a su incorporación en el Tratado de Ámsterdam.

Tal y como queda recogido en el artículo 154 del TFUE, la Comisión tiene como cometido “fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado”. En base a lo cual, el TFUE contempla dos formas de participación de los sujetos sociales:

a) Durante el procedimiento legislativo ordinario a través de la doble consulta obligatoria. Esto es, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social –con el objetivo de conocer la posible orientación de la acción en cuestión-, y tras la elaboración de una propuesta, en cuyo caso, los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación (artículo 154.2 y 3 del TFUE).

En el primer supuesto, la Comisión no procederá a elaborar la propuesta legislativa si comprueba la intención de los futuros negociadores de iniciar el proceso negociador en relación al contenido de la acción comunitaria planteada. Las negociaciones se iniciarán con el reconocimiento mutuo de las partes negociadoras y se desarrollan de forma autónoma. Por ello, para evitar que las negociaciones dilaten el procedimiento legislativo –debemos tener presente que, una vez que los interlocutores sociales comunican a la Comisión su intención de negociar un acuerdo, ésta pasa a una situación de espera del resultado de dicha negociación- el artículo 154.4 del TFUE fija un plazo máximo de nueve meses, prorrogable de común acuerdo con la Comisión.

Si las negociaciones llegasen a buen término, el acuerdo negociado por los interlocutores sociales ofrecerá la regulación de la materia laboral de que se trate; sustituyendo a la propuesta legislativa que habría elaborado la Comisión de haber decidido los interlocutores sociales no negociar o caso de que las negociaciones no concluyesen con un acuerdo.

El contenido del acuerdo negociado resulta intangible para las instituciones comunitarias. De manera que cualquier posible modificación únicamente podrá ser llevada a cabo por los firmantes del mismo.

El propio TFUE contempla dos posibles vías de aplicación del resultado de la negociación: una primera a nivel nacional, mediante los procedimientos y prácticas autónomos propios de los interlocutores sociales, y, una segunda, que exige una posterior intervención del Consejo que refuerce el acuerdo, cuando las partes firmantes del acuerdo así se lo soliciten conjuntamente. Serán las partes signatarias del acuerdo quienes decidirán su forma de aplicación, en atención a la eficacia que quieran otorgarle, o en función de la finalidad con la que han procedido a regular dicha materia, si para establecer un mínimo común denominador en los Estados miembros, o para coordinar las legislaciones internas.

b) De forma libremente decidida por los interlocutores sociales al estimar que existe una materia social necesitada de regulación (artículo 155 del TFUE). De manera que, mientras que la consulta de la Comisión es obligatoria, la negociación colectiva es configurada como un instrumento al que pueden recurrir los interlocutores sociales si lo entienden pertinente, y siempre que no exista el límite de que la materia en cuestión corresponda a una cuestión de orden público laboral que exija la promulgación por parte de los poderes públicos.

En este caso, la única vía de aplicación es la negociación colectiva interna. Algo que resulta lógico, pues las instituciones no asumirán como propio lo negociado sin su intervención.

Todas estas previsiones ponen de manifiesto varios aspectos. En primer lugar, que en el ejercicio de las competencias compartidas por los Estados miembros y la Unión Europea, ésta última ha de compartir, a su vez, sus competencias reguladoras de la materia social con los representantes a nivel europeo de los colectivos profesionales. En segundo lugar, que en todo caso la aplicación de un acuerdo comunitario exige una posterior intervención en el nivel estatal, ya sea transponiendo una Directiva (que ha sido el instrumento de refuerzo adoptado en todos los supuestos), o bien mediante negociación colectiva interna si es aplicado de forma voluntaria. Lo que pone de manifiesto una tercera cuestión, cual es que estos acuerdos carecen de eficacia directa, puesto que requieren de un ulterior desarrollo a otros niveles y por parte de otros sujetos distintos a los firmantes, ya sean colectivos o institucionales²³⁰.

²³⁰ AA.VV, Ponencia presentada en XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: La Constitución Europea y las Relaciones Laborales, cit., p. 41.

7. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

7.1 LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA NORMA

Señala Rodríguez-Piñero que cuando se aborda el estudio de una norma europea, su análisis suele plantearse en términos de solución comunitaria a un problema de la misma índole²³¹. Sin embargo, como indica el mismo autor, en este caso no es así del todo.

En el ámbito laboral europeo todo intento de armonización supone un conglomerado de intereses comunitarios (normalmente centrados en la desaparición de las distorsiones de la competencia) y nacionales (preocupados por la defensa de sus ordenamientos laborales frente a las presiones competitivas). Pero en materia de desplazamientos temporales cambia no sólo el peso de unos y otros intereses, sino también la naturaleza y el contenido de éstos.

Desde el punto de vista de las instituciones europeas, el principal interés se ha centrado en la ordenación del mercado interior en aras de la protección y el fomento del tráfico empresarial transnacional, y la regulación de una competencia leal entre empresas de servicios establecidas en distintos Estados.

Desde la perspectiva de los Estados miembros, la atención se enfoca hacia otros intereses que, según se mire, pueden llegar a resultar contradictorios. Y es que su preocupación ha radicado en primer lugar en la defensa de las empresas nacionales frente a la posible competencia más ventajosa de empresas extranjeras que importan mano de obra de sus países (lo que implica la aplicación de sus condiciones y costes laborales de origen). Pero al mismo tiempo, los Estados tienen interés en promover la acción exterior de sus empresas nacionales, como mecanismo de ampliación de sus mercados y de sus oportunidades de empleo. Por otro lado, los países miembros tratan de proteger a los trabajadores nacionales de la pérdida de puestos de trabajo como consecuencia de la entrada en su mercado nacional de trabajadores extranjeros cuya contratación resulta más cómoda y económica; a la vez que intentan controlar los supuestos de exportación de mano de obra debido a los problemas a los que pueden enfrentarse estos trabajadores y a la dificultad que los límites territoriales de la acción del Estado puede suponer para solucionarlos.

Rodríguez-Piñero establece una relación directa entre la complejidad del carácter de los desplazamientos temporales que en este trabajo analizamos y la del juego de intereses implicados en esta institución, complejidad a la que la intervención comunitaria intentará hacer frente²³². Y es que, en efecto, los desplazamientos temporales de trabajadores plantean tres problemas fundamentales: un problema *económico*, al erigirse

²³¹ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria*, cit., p. 351.

²³² M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 353.

en una fuente de posibles problemas de competencia desleal dentro del mercado interior; un problema *social*, pues pueden acarrear efectos negativos tanto para los trabajadores desplazados como para los del Estado donde se lleva a cabo la prestación de servicios; y un problema *técnico*, al producirse situaciones de conflicto de leyes cuya resolución según las reglas existentes ni quedaba clara, ni era siempre adecuada²³³.

Algunos Estados miembros intentaron abordar estos problemas de manera particular, mediante la elaboración de normas propias como reacción frente a las limitaciones del Derecho laboral tradicional para responder a unas demandas específicas. En efecto, el que los servicios se prestasen fuera del territorio nacional permitía potenciales lesiones a los derechos de los trabajadores por el alejamiento de los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones laborales, además de provocar necesidades específicas para los trabajadores desplazados (vivienda, moneda de pago, etc.). En consecuencia, algunos Estados previeron reglas especiales para estas situaciones²³⁴.

Por su parte, las Instituciones europeas, conscientes del elevado número de empresas que venían actuando en el mercado interior, del carácter transnacional de sus actividades y de su relación con las libertades fundamentales²³⁵, repararon en el hecho de que la desigualdad de condiciones de trabajo existente entre los Estados miembros podía dar lugar a situaciones de discriminación entre los trabajadores de un determinado Estado miembro y los trabajadores desplazados temporalmente al mismo y, por extensión, a situaciones de competencia desleal en el interior del mercado europeo.

Para evitar ambos efectos y en cumplimiento de su finalidad tuitiva de los derechos de los trabajadores, el Derecho europeo se encaminó a garantizar un núcleo de normas vinculantes de protección mínima en el país de acogida, que tendrían que ser respetadas por el empresario que desplazase a él a sus trabajadores con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. De esta forma se evitaría una competencia desleal entre la mano de obra de los distintos Estados miembros sin restringir los derechos o libertades adquiridos por los trabajadores en sus Estados de origen.

²³³ *Ibidem*, p. 352.

²³⁴ Francia es un claro ejemplo. En este país, la transposición de la Directiva 96/71/CE no se realizó *ex nihilo*. Ya antes, el legislador francés se había dotado de una herramienta legislativa de protección del mercado de trabajo nacional: la Ley n. 93-1313 sobre Empleo y Formación Profesional, de 20 de diciembre de 1993, que había introducido en el Código del Trabajo Francés una disposición (el artículo L. 341-5) relativa al desplazamiento transfronterizo de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Igualmente, el decreto de aplicación de dicha Ley, adoptado el 11 de julio de 1994, precisó lo que se consideraban como “normas imperativas de protección mínima” que se debían aplicar a la relación laboral regulada por un derecho ajeno. Así, tanto la Ley de 1993 como el Decreto de 1994 relativos a los desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios internacionales preconfiguran el contenido de la Directiva 96/71/CE.

Para un estudio detallado, véase P. Martin, “La transposición al derecho Francés de la Directiva 96/71”, en J. Gárate Castro (coord.), *Desplazamientos Transnacionales de trabajadores: (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., pp.105-124.

²³⁵ Véase *supra* epígrafe 5.1 del Capítulo I del presente trabajo.

Así, sobre la base jurídica de los antiguos arts. 57.2 y 66 del TCE²³⁶, referidos a la libre prestación de servicios, fue aprobada la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional²³⁷.

7.2 FUNDAMENTACIÓN

Toda aproximación que se haga a una norma plantea la necesidad de delimitar correctamente cuál es la intención de la misma²³⁸. Intención que lógicamente parte de unos presupuestos previos a los que acabamos de aludir.

En el caso de la Directiva 96/71/CE, ésta no responde a un fundamento único. Todo lo contrario. Son varias y variadas las cuestiones imbricadas. En efecto, nos encontramos ante una materia en la que, por ejemplo, la libertad económica de circulación de trabajadores se presenta como instrumento para el ejercicio de otra, la libertad empresarial de prestación de servicios. Precisamente esa interconexión de libertades se traduce en problemas de puesta en práctica y de limitación de una y otra libertad. En este sentido, la Directiva 96/71/CE parece configurarse como una excepción a la regla general de interdicción de las limitaciones a las libertades comunitarias. Y es que, como ya vimos, la existencia de un bien jurídico como son los derechos de los trabajadores hace que tales limitaciones resulten aceptables para el derecho comunitario²³⁹.

Precisamente, la protección del trabajador desplazado, en concreto, la aplicación de un mínimo de derecho que garantice unas condiciones básicas de trabajo es otra de las cuestiones presentes en esta norma europea. Aún más, podríamos decir que se constituye como su materia central, a partir de la cual se abordan otras conexas.

En efecto, la norma exige garantizar unas condiciones de trabajo mínimas para el trabajador desplazado de manera que la desigualdad laboral respecto a los trabajadores nacionales no sea posible. Lo que implícitamente supone una prohibición de *dumping*

²³⁶ Actuales artículos 53 y 74 del TFUE.

²³⁷ Tal y como se recoge en el apdo. 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999).

²³⁸ A. Valverde Asencio, "Cuantía del salario mínimo", en (M.E. Casas Bahamonde y S. del Rey, dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, cit., p. 101.

²³⁹ Recordemos que la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general. A este efecto, el Tribunal de Justicia reconoce únicamente la protección de los trabajadores desplazados, no pudiendo tomarse en consideración otras finalidades. En este sentido: sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., apdos. 34 y 35; Sentencia de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, cit., apdo. 19; sentencia de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit., apdo. 21; Sentencia de 19 de enero de 2006, *Comisión/Alemania*, cit., apdo. 31; Sentencia de 21 de septiembre de 2006 *Comisión/Austria*, cit., apdo. 37; Sentencia de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros*, cit., apdo. 45; Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Comisión/Bélgica*, cit., apdo. 44; y Sentencia de 3 de diciembre de 2014, *De Clercq y otros*, cit., apdo. 62.

social y obstaculiza la competencia desleal entre empresas que operan en el mercado interior, verdadera razón de ser de la Directiva 96/71/CE.

Esta multiplicidad de fundamentos convierten a esta norma en un bienintencionado mecanismo de regulación de la libertad de prestación de servicios que asiste al empresario. Decimos bienintencionado porque como veremos, a pesar de la buena intención del legislador comunitario, esta directiva no ha conseguido, al menos de momento, una eficaz puesta en práctica.

En definitiva, estamos ante una norma que responde en gran medida a los antecedentes judiciales que la marcan, que tiene una fundamentación variada y que requiere de una delimitación precisa.

7.3 EL PROCESO DE ELABORACIÓN

Aunque normalmente se identifica el inicio de este proceso con la sentencia *Rush Portuguesa*²⁴⁰, lo cierto es que con anterioridad a ella era posible detectar avances en esta dirección. De hecho, en la segunda parte del Programa de Acción para la aplicación de la CDSFT²⁴¹ ya se contemplaba la existencia de problemas relacionados con el gran Mercado, entre los que se encontraba el relativo a las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de un Estado miembro destinados a otro Estado miembro en el marco de la libre prestación de servicios.

Para hacer frente a este problema, el Programa previó una propuesta de instrumento comunitario sobre “las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de otro Estado que realizasen en el país de acogida un trabajo en el marco de la libre prestación de servicios”²⁴², que sería la que eventualmente daría lugar a la Directiva 96/71/CE.

Sin embargo, pensar en un desarrollo lineal de la actual Directiva a partir de esa propuesta sería engañoso, pues más que de un proceso legislativo al uso habría que

²⁴⁰ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, cit.

²⁴¹ La necesidad de aprobar una norma comunitaria en la materia ya figuraba en el Programa de Acción para la aplicación de la CDSFT, de 29 de noviembre de 1989, COM (89) 568 final (No publicado en DOUE. Disponible en inglés en: http://aei.pitt.edu/1345/1/Social_charter_COM_89_568.pdf).

Aunque son numerosas las referencias a dichos problemas (sirvan de ejemplo: pp. 9, 10, 14-16 ó 18-19), véase especialmente el punto 4 de la parte II del Programa.

Esa necesidad se acentuó con la sentencia dada por el TJCE en el asunto *Rush Portuguesa*, en el que el Tribunal afirmó que los antiguos Artículos 59 y 60 del TCE (nuevos artículos 56 y 57 del TFUE), referidos a la libre prestación de servicios, “*se oponen a que un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal*”.

²⁴² Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, COM (91) 230 final - SYN 346, de 1 de agosto de 1991 (Disponible en: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=20476).

hablar de varios, conectados entre sí y que interactuaron conjuntamente hasta dar lugar a esta norma europea²⁴³.

En ese sentido, junto a su proceso de elaboración propio se puede identificar el desarrollo, muy anterior en el tiempo, de una construcción jurisprudencial, a lo largo de la cual, el TJCE fue elaborando elementos fundamentales del régimen jurídico de esta figura. El momento más significativo en esta construcción jurisprudencial lo protagonizó la STJCE *Rush Portuguesa*²⁴⁴, en la que el TJCE delimitó perfectamente los rasgos de este tipo de desplazamientos desde el punto de vista del derecho europeo vigente: libertad de los sujetos económicos europeos de desplazar trabajadores a otros Estados; prohibición de que los Estados restringiesen esta posibilidad mediante la imposición de su legislación nacional; y posibilidad para los Estados miembros de aplicar sus condiciones de trabajo a los trabajadores desplazados temporalmente a su territorio.

Centrándonos en las Instituciones europeas, la elaboración de la Directiva 96/71/CE debe ser enmarcada en una línea de política del Derecho dirigida a regular de manera uniforme las reglas de solución de conflictos de leyes en materia de relaciones de trabajo²⁴⁵. Los orígenes de esta línea los encontramos en la Propuesta de Reglamento relativo a las disposiciones concernientes a los conflictos de leyes en materia de relaciones de trabajo en el interior de la Comunidad de 1972²⁴⁶, que pretendió establecer un marco específico para el contrato de trabajo²⁴⁷.

Sin embargo, dicha propuesta y otra posterior modificada, que contemplaba unas normas uniformes de conflicto de leyes en relación a las relaciones de trabajo con elemento extranjero y que fue presentada al Consejo el 28 de abril de 1976, fracasaron. La existencia y la entrada en vigor del Convenio de Roma²⁴⁸ que ofrecía también un marco

²⁴³ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 364.

²⁴⁴ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, cit.

²⁴⁵ De nuevo, M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 364.

²⁴⁶ Propuesta de Reglamento (CEE) relativo a las disposiciones concernientes a los conflictos de leyes en materia de relaciones de trabajo en el interior de la Comunidad, presentada por la Comisión al Consejo el 23 de marzo de 1972 (DOUE C 49/02, de 18 de mayo de 1972).

²⁴⁷ En los momentos iniciales del desarrollo normativo de las libertades comunitarias, las Instituciones europeas prestaron más atención a la puesta en práctica de estas libertades mediante la destrucción de las barreras jurídicas a la libre circulación que a su régimen jurídico; en particular a lo que a la resolución de conflictos de leyes se refiere. Ignorar que en el ejercicio de estas libertades podían plantearse tarde o temprano cuestiones de DIPr fue un error que las propias Instituciones comunitarias tuvieron que ir remediando poco a poco, a la luz, sobre todo, de los problemas que en este punto planteaban las reglas nacionales de solución de conflictos de leyes. Precisamente, un intento de codificación de estas reglas de conflictos de leyes se produjo con la Propuesta de Reglamento de 1972.

²⁴⁸ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), DOUE L 266, de 9 de octubre de 1980.

Este Convenio fue sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I)

jurídico general para la regulación de los conflictos de leyes impidió adoptar esa propuesta de Reglamento.

Ese fracaso llevó al legislador europeo a integrar tales iniciativas en el marco general de la codificación del DIPr en la Unión Europea mediante la inclusión de un tratamiento específico del contrato de trabajo²⁴⁹ en el Convenio de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Hasta esta inclusión los desplazamientos temporales no habían merecido una atención especial y se acudía para su solución a las reglas generales sobre el contrato de trabajo. Sin embargo, desde ese momento la opción de un tratamiento específico para los desplazamientos temporales de los trabajadores, al margen de las reglas generales sobre conflictos de leyes en materia contractual, cogió fuerza y condujo a la aprobación de la Directiva 96/71/CE en diciembre de 1996. Si bien es cierto que ésta resultó más difícil de lo que se esperaba. No sólo existían dudas acerca de la necesidad de unificar las normas sobre ley aplicable²⁵⁰, algunos Estados se mostraron bastante reticentes a su aprobación²⁵¹. Motivos por los que el alumbramiento de esta Directiva se convirtió en un proceso largo y complicado con modificaciones sucesivas.

(DOUE L 177, de 4 de julio de 2008), salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados (...) a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud de los actuales arts. 349 y 355 del TFUE. Estos son los territorios de: Aruba, Antillas neerlandesas, Curaçao (Países Bajos), San Martín (Países Bajos), Islas Feroes (Dinamarca), Saint-Pierre y Miquelon (Francia), San Bartolomé (Francia), la Polinesia francesa, Wallis y Futuna (Francia), y Nueva Caledonia (Francia).

²⁴⁹ En efecto, los artículos 6 y 7 del Convenio venían referidos a los contratos de trabajo.

Atendiendo a la redacción original, en el artículo 6 se establecía:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá :

a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o

b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

El artículo 7 del CR añadía dos supuestos en los que el Derecho aplicable debía ser corregido o modulado por leyes de policía. El primero hacía referencia a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presentase un vínculo estrecho, mientras que el segundo llamaba a las normas de la ley del país del juez que rigiesen imperativamente la situación.

²⁵⁰ Circunstancia que se refleja en el apdo. 15 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, cit.

²⁵¹ Todo el proceso interinstitucional se encuentra disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/procedure/ES/20476>

Para defender la necesidad de contar con esta Directiva, la Comisión utilizó un argumento clave: la especificidad de esta norma. Sostenía que las normas de conflicto fijadas en el CR ofrecían un marco jurídico general mientras que su propuesta de Directiva trataba exclusivamente la situación de los trabajadores desplazados y, por tanto, clarificaba el marco jurídico de este supuesto concreto. Es más, el carácter universal del CR implicaba su aplicación a toda relación contractual (efectuada o no en la comunidad) siempre que el asunto se remitiera a un juez comunitario; mientras que la propuesta de directiva se aplicaría únicamente a las relaciones de trabajo ejecutadas temporalmente en otro Estado comunitario²⁵².

Por otro lado, razonaba la Comisión que, aunque el CR establecía los criterios generales para determinar la legislación aplicable, lo que permitía al juez someter el contrato a las disposiciones imperativas (también llamadas de aplicación directa) del lugar de ejecución del contrato²⁵³, no se aclaraban sin embargo cuáles eran esas normas. En este punto, la propuesta de directiva fue decisiva, pues especificó lo que constituiría la clave de la posterior Directiva 96/71/CE: el núcleo de disposiciones mínimas que debían satisfacer en el país de acogida las empresas que enviasen trabajadores a un Estado miembro distinto de aquel en que trabajasen habitualmente para la realización de trabajos temporales. Nótese que no se trataba de armonizar el contenido de las disposiciones denominadas “imperativas”, sino de proceder a su identificación y a estipular su carácter obligatorio.

Precisamente, la necesidad de seguridad jurídica y de competencia leal, así como la de erradicar la discriminación entre empresas y trabajadores nacionales y extranjeros con respecto a la aplicación de determinadas condiciones de trabajo justificó una propuesta comunitaria, que destinada a clarificar el artículo 7 del CR y con el respeto debido al principio de igualdad de trato entre prestadores de servicios nacionales y extranjeros y entre trabajadores nacionales y extranjeros creaba un núcleo duro de disposiciones imperativas sin interferir en la prioridad de la ley o de la autonomía de voluntad de las partes. Es por ello que, a pesar de las dificultades a las que se enfrentó y tras varias modificaciones la Directiva fue finalmente aprobada el 16 de diciembre de 1996²⁵⁴.

No podíamos concluir este epígrafe sin mencionar un hecho llamativo. Y es que los llamados a ser destinatarios de la Directiva 96/71/CE, es decir, los Estados miembros, en la medida en que el problema de los desplazamientos temporales lo era tanto a nivel

²⁵² Véase el apdo. 17 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, cit.

²⁵³ Artículo 7 del CR.

²⁵⁴ La Directiva fue aprobada el 16 de diciembre de 1996 (DOUE L18, de 21 de enero de 1997) con el único voto en contra de Reino Unido y la abstención de Portugal. El Gobierno británico, entonces conservador, se opuso a la Directiva porque era de la opinión de que dicha Directiva garantizaba demasiados derechos a los trabajadores y que ello perjudicaba la libre circulación de trabajadores, esto es, la importación y exportación de trabajadores a costes inferiores a los establecidos en el Estado miembro de destino, en A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, 15a. ed., Comares, Granada, 2010, p. 710.

europeo como nacional, no esperaron a la aprobación de la norma europea para poner en práctica sus mandatos, produciéndose un curioso efecto de armonización anticipada. En efecto, varios de ellos, optaron por aprobar y aplicar sus propias leyes nacionales en desarrollo del principio *Lex Loci laboris*²⁵⁵, a partir de la habilitación hecha por la sentencia *Rush Portuguesa*. En otras ocasiones, fueron los tribunales de trabajo los que impusieron esta aplicación, separándose de construcciones jurisprudenciales anteriores²⁵⁶. Incluso, en algunos Estados se produjo una actuación colectiva de organizaciones sindicales para forzar a las autoridades nacionales la aplicación de las condiciones de trabajo nacionales a los trabajadores desplazados²⁵⁷.

7.4 RASGOS CARACTERÍSTICOS

En el análisis de la Directiva 96/71/CE destacan tres aspectos fundamentales.

En primer lugar llama especialmente la atención su complejidad. Ya hablamos al inicio del presente capítulo del conglomerado de intereses presentes en las prestaciones de servicios transnacionales²⁵⁸, lo que se traduce en numerosas parcelas jurídicas con las que esta norma europea ha de ser puesta en conexión irremediablemente. Pero no adelantemos más. De esta característica iremos dando fe con ocasión del análisis de cada uno de sus aspectos.

En segundo lugar, y siguiendo a Rodríguez-Piñero, se trata de una norma atípica si la comparamos con el modelo de Directiva laboral que podríamos denominar estándar²⁵⁹.

El último de los aspectos a destacar de esta norma europea viene referido a su carácter flexible; y es que la pretensión de generalizar un mínimo común de condiciones laborales se ha presentado en la práctica como un proceso abierto en el que se ha ofrecido a los Estados miembros la posibilidad de adoptar distintos niveles de compromiso, lo que como veremos implicará deficiencias en el cumplimiento efectivo de la Directiva 96/71/CE.

²⁵⁵ Estados miembros como Finlandia, la República Federal Alemana, Austria, Luxemburgo y Francia comenzaron a aplicar este principio cuando la norma europea estaba todavía en fase de proyecto. En detalle, M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 366.

²⁵⁶ Tal fue el caso de Suecia. *Ibidem*.

²⁵⁷ Así ocurrió, por ejemplo, en Dinamarca y la República Federal Alemana. *Ibidem*.

²⁵⁸ Véase apdo. 1.1 Capítulo III.

²⁵⁹ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 356.

7.4.1 La atipicidad de la Directiva

Acabamos de apuntar que nos encontramos ante una norma que se aparta de lo que podríamos considerar el patrón de las Directivas laborales; y es que, en efecto, existen ciertas particularidades que impregnan el carácter laboral de esta Directiva.

La primera de las especialidades radica en su base jurídica asentada en los arts. 57.2 y 66 TCE²⁶⁰, dedicados a la libertad de prestación de servicios y no a la de los trabajadores. El argumento utilizado no es otro que la complejidad de esta figura en la que se entrecruzan distintas libertades comunitarias. En este sentido, la intervención del legislador comunitario en este ámbito se ha venido justificando en el hecho de que las empresas establecidas en países con niveles de protección más bajos obtendrían una ventaja competitiva frente a las empresas de países con niveles de protección social y costes laborales más elevados, en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados y de los trabajadores del país de destino. Tal situación evidencia una conexión entre las libertades fundamentales de circulación de trabajadores y de prestación de servicios, en la medida en que afecta directamente a la posición competitiva de las empresas en el mercado de bienes y servicios, y constituye un obstáculo para los prestadores de servicios establecidos en países con normas laborales más protectoras de los derechos de los trabajadores. Desde la perspectiva comunitaria, se trata de un problema básicamente económico, aunque con importantes proyecciones en el plano social. De ahí que la base jurídica de la Directiva se encuentre exclusivamente en los preceptos del TCE relativos a la libre prestación de servicios²⁶¹. No obstante, si tenemos en cuenta que el principal interés de las instituciones europeas se ha centrado en la ordenación del mercado interior en aras de la protección y el fomento del tráfico empresarial transnacional y la regulación de una competencia leal entre empresas de servicios establecidas en distintos Estados, no resulta descabellado pensar que nos encontramos ante una norma de regulación de mercado y no de garantía de derechos laborales. En consecuencia, señala Rodríguez-Piñero, el resultado que se pueda producir en términos de protección de trabajadores no sería más que un efecto colateral del objetivo principal de la norma comunitaria, la regulación del mercado interior²⁶².

En segundo lugar, los objetivos perseguidos con la intervención comunitaria son igualmente originales. A la tradicional finalidad de evitar que la desigualdad de condiciones de trabajo, dadas las disparidades entre las legislaciones laborales de los Estados miembros, arroje grandes diferencias de protección para los trabajadores se unen otras nuevas, como son la regulación de una competencia leal entre empresas de servicios establecidas en distintos Estados y la promoción de las prestaciones de servicios transnacionales. Y es que, en efecto, el principal interés de esta Directiva estriba en la ordenación del mercado de servicios intracomunitario, asegurando su

²⁶⁰ Actuales artículos 53 y 74 del TFUE.

²⁶¹ M.E Casas Baamonde y S. Del Rey Guanter, en *Idem* (dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, cit., prólogo.

²⁶² M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 357.

apertura y la igualdad de condiciones de todas las empresas que operan en él. Junto a esta finalidad se intenta garantizar la protección de los trabajadores (tanto de los desplazados como de los del Estado de prestación de servicios). De hecho, es la propia norma la que manifiesta la necesidad de crear un entorno dinámico para las prestaciones de servicios transnacionales sostenido en un clima de competencia leal y en el establecimiento de medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores²⁶³. Sin embargo, no son pocas las voces que consideran la protección del trabajador como un efecto colateral del principal objetivo de la Directiva²⁶⁴. Citando a Rodríguez-Piñero, “la ordenación de la competencia exige la aplicación de reglas comunes; el que éstas puedan tener un efecto beneficioso para los trabajadores afectados es el segundo pájaro que se mata con el mismo tiro”²⁶⁵.

En conclusión, el ámbito social y el económico, el nacional y el comunitario se mezclan en el articulado de esta Directiva, lo que ha llevado a dudar sobre la verdadera finalidad de la Directiva 96/71/CE.

En palabras de Rodríguez-Piñero, la mayor atipicidad de la Directiva se encuentra quizás en su propia solución normativa: la aplicación de las condiciones de trabajo del Estado de prestación de servicios, convirtiendo en regla lo que hasta entonces había sido una potestad de los Estados miembros. La Comisión denominó a esta regla: la técnica del núcleo duro, ya que consistía precisamente en la identificación de un núcleo esencial de las normas laborales de cada Estado, que deben regir necesariamente toda prestación de servicios laborales que se produzcan en su territorio²⁶⁶.

Esta técnica supone una anomalía en relación con la regulación general de los conflictos de leyes que la Unión Europea ha ido elaborando de forma progresiva. En el proceso de codificación del DIPr iniciado por las instituciones europeas existían ya soluciones específicas para los conflictos de leyes relativos al contrato de trabajo; pero estas eran diferentes a las que la Directiva impone²⁶⁷. Como es sabido, en materia contractual la regla general ha sido y es la libertad de elección de las partes, reconocida en un primer momento en el artículo 3 del CR y posteriormente en el artículo 3 del RRI; y completada para el contrato de trabajo por una serie de reglas especiales contenidas en el artículo 6 del CR y, después, en el artículo 8 del RRI. La Directiva 96/71/CE, por el contrario, contempla la aplicación de una parte de la legislación nacional del Estado de prestación de servicios, con independencia de la elección que hayan podido hacer las partes. En teoría, esta regla no supone la desaparición del principio de elección por las partes de la

²⁶³ Tal y como se establece en los considerandos 3 y 5 de la Directiva 96/71/CE.

²⁶⁴ Véase, M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., pp. 353 y 357; P. Davies, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, *Industrial Law Journal*, Núm. 31, 2002, *passim*; y W. Däubler, *La Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores: ¿un instrumento para protegerse del dumping social?*, *Revista de Treball*, Núm. 23, 1994, pp. 79 y ss.

²⁶⁵ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 353.

²⁶⁶ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 357.

²⁶⁷ Véase *infra* epígrafe 3.2 del presente capítulo.

legislación aplicable al contrato, ni la de las soluciones supletorias que el RRI prevé. La propia Directiva así lo reconoce al afirmar que la regla del núcleo duro se aplicará “cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral”. Lo que la norma hace es establecer un mecanismo para garantizar una condiciones mínimas a los trabajadores desplazados. Es más, esta solución comunitaria es coherente con la tendencia, manifestada por el propio RRI, a aplicar de forma imperativa determinadas disposiciones de la legislación del Estado de prestación de los servicios²⁶⁸. Aunque en la práctica esto se traduce en una verdadera limitación de las reglas establecidas en el RRI.

La aplicación de esta técnica supone también una anomalía en la solución que el ordenamiento jurídico comunitario había venido aplicando en la prestación transfronteriza de servicios: la aplicación de la legislación del Estado en el que éstos se prestan. En sus orígenes, el derecho de la Unión aplicaba el mismo régimen jurídico a todas las prestaciones de servicios, de modo que, tanto en el caso del establecimiento como en el de la prestación temporal, dichas actividades quedaban sujetas al derecho del país donde se prestaban los servicios; con el inconveniente de que dichos operadores se veían inmersos en una pluralidad de regímenes que incrementaban considerablemente sus costes de transacción²⁶⁹. Esto provocó el progresivo desarrollo jurisprudencial de un estatuto jurídico propio de la libre prestación de servicios en torno a tres elementos básicos: a) el principio del país de origen; b) una amplia interpretación del concepto de obstáculos a la libre prestación de servicios; y c) la aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad²⁷⁰.

En sus primeros pronunciamientos, el TJCE permitía la aplicación de la ley del lugar de ejecución de la prestación frente a la aplicación de la ley de origen, aunque no de modo incondicionado. El alcance de la ley del país de destino se limitaba en función, fundamentalmente, del mutuo reconocimiento y de un juicio de proporcionalidad un tanto laxo²⁷¹. Sin embargo, el cerco del juicio de proporcionalidad a la aplicación de la ley del lugar de prestación de servicios se fue estrechando progresivamente y las referencias al derecho a extender la propia legislación a los trabajadores desplazados se matizaron. Hasta el punto de limitarse su aplicación a aquellos casos en los que la misma suponga “una ventaja significativa” para los trabajadores desplazados, o en la jurisprudencia más reciente, para evitar el *dumping* social, y siempre que no restrinja la libertad de prestación de servicios más allá de lo necesario.

La codificación de un “núcleo duro” de condiciones mínimas de trabajo y empleo en la Directiva 96/71/CE permitió consagrar el principio de aplicación de la legislación del

²⁶⁸ M. C. Rodríguez-Piñero Royo y J. Carrascosa González, *Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Impacto en el sistema jurídico español*, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Núm. 1, 1996, pp. 1335 y ss.

²⁶⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo*, cit., p. 88.

²⁷⁰ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *ibidem*.

²⁷¹ Véase la STJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco*, cit., apdo. 14 y la STJUE de 17 de diciembre de 1981, *Webb*, cit., apdo. 20.

Estado miembro de origen en relación a cualquier condición de trabajo que superase el estándar establecido en el artículo 3 de esta Directiva²⁷². En otras palabras, el derecho de los prestadores de servicios a no verse sujetos a condiciones laborales no previstas en este núcleo duro garantizó la sujeción de los prestadores de servicios a la ley del país de origen²⁷³.

Precisamente esta técnica del núcleo duro nos conduce a otra de las atipicidades de esta norma. Y es que a diferencia de la Directiva 96/71/CE, las Directivas comunitarias de armonización social se comportan como “normas mínimas” al incluir, de acuerdo con el artículo 151.4 del TFUE, la correspondiente cláusula de no regresión, que determina la aplicación de los mínimos comunitarios establecidos sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de establecer disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o convencionales más favorables²⁷⁴. Sin embargo, en la jurisprudencia del TJUE, la Directiva 96/71/CE desarrolla un rol de instrumento armonizador que imposibilita la intervención estatal en su ámbito regulador. Tal y como se desprende de los pronunciamientos *Laval*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*, en los que viene a establecerse que esta Directiva tiene capacidad de prohibir todo aquello a lo que no obliga²⁷⁵. Lo que, en palabras de Llobera, convierte a esta disposición en una norma de mínimos en su proyección comunitaria y de máximos en su proyección estatal²⁷⁶. La clave ya la aportó la Comisión en la primera propuesta de Directiva, al afirmar que la disposición no pretendía armonizar las condiciones de trabajo de los Estados miembros sino coordinar sus normas de conflicto de leyes, a fin de identificar las normas imperativas vigentes en cada país aplicables a las empresas que desplacen trabajadores de manera temporal. Como reza literalmente el texto de la propuesta, “no se trata de un instrumento de derecho del trabajo, sino una propuesta sobre derecho internacional privado estrechamente relacionada con la libre prestación de servicios. (...) La proposición no tiene por objeto la armonización del derecho social, sino la

²⁷² Véase la STJCE de 18 diciembre 2007, *Laval*, cit., apdo. 80: “El artículo 3, párrafo 7, de la Directiva 96/71/CE no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida 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”.

²⁷³ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., pp. 203 y 204.

²⁷⁴ Véase por ejemplo, el artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE L 299, de 18 de noviembre de 2003) como cláusula paradigmática. En la misma línea, los Convenios de la OIT, habitualmente incorporan la correspondiente cláusula final, dirigida a evitar que los estándares establecidos en este ámbito puedan ser interpretados como estándares máximos que impidan mejoras estatales.

²⁷⁵ STJUE de 18 diciembre 2007, *Laval*, cit., apdos. 79 y ss., STJUE de 3 abril 2008, *Rüffert*, cit., apdos. 33 y ss., y STJUE de 19 junio 2008, *Comisión/Luxemburgo*, cit., apdos. 26 y ss.

²⁷⁶ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 211. También comparte esta opinión, P. Juárez Pérez, *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado*, Relaciones Laborales, Núm. 1, 1999, p. 1276.

determinación del derecho aplicable a las situaciones mencionadas²⁷⁷. Tal y como señala Rodríguez-Piñero, la Directiva 96/71/CE no pretende armonizar los ordenamientos laborales nacionales, sino más bien establecer una suerte de mecanismo de coordinación entre los ámbitos de aplicación y los sistemas de garantía de los derechos de los trabajadores de cada uno de los Estados miembros. Su alcance es menor, ya que no elimina las diferencias entre los distintos ordenamientos, pero evita que se utilicen los resquicios del DIPr para obtener mediante técnicas de *forum shopping* regulaciones más económicas y favorables²⁷⁸.

Finalmente, mencionar lo atípico de su proceso de implementación. Y es que los llamados a ser destinatarios de la Directiva 96/71/CE, es decir, los Estados miembros, en la medida en que el problema de los desplazamientos temporales lo era tanto a nivel europeo como nacional, no esperaron a la aprobación de la norma europea para poner en práctica sus mandatos, produciéndose un curioso efecto de armonización anticipada. En efecto, varios de ellos, optaron por aprobar y aplicar sus propias leyes nacionales en desarrollo del principio *Lex Loci laboris*, a partir de la habilitación hecha por la sentencia *Rush Portuguesa*²⁷⁹. En otras ocasiones, fueron los tribunales de trabajo los que impusieron esta aplicación, separándose de construcciones jurisprudenciales anteriores²⁸⁰. Incluso, en algunos Estados se produjo una actuación colectiva de organizaciones sindicales para forzar a las autoridades nacionales la aplicación de las condiciones de trabajo nacionales a los trabajadores desplazados²⁸¹.

Esta particularidad es coherente con lo antes señalado sobre el verdadero objetivo de la Directiva: extender una determinada regla de solución de conflicto de leyes para ordenar el funcionamiento del mercado. No se trata, por tanto, de armonizar soluciones legislativas preexistentes, puesto que éstas ya lo fueron en su momento a través del CR, sino de sustituir esta solución común por otra más adecuada a las peculiaridades de los desplazamientos temporales²⁸².

7.4.2 La flexibilidad de la Directiva como manifestación de su funcionalidad.

Acabamos de ver como, a pesar de que la Directiva 96/71/CE exige la aplicación de mínimos laborales, la eficacia homogeneizadora de esta norma europea ha sido bastante

²⁷⁷ Véanse los apdos. 24 y 27 in fine de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, COM (91) 230 final - SYN 346, de 1 de agosto de 1991.

²⁷⁸ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., pp. 360 y 361.

²⁷⁹ Estados miembros como Finlandia, la República Federal Alemana, Austria, Luxemburgo y Francia comenzaron a aplicar este principio cuando la norma europea estaba todavía en fase de proyecto. En detalle, M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 366.

²⁸⁰ Tal fue el caso de Suecia. *Ibidem*.

²⁸¹ Así ocurrió, por ejemplo, en Dinamarca y la República Federal Alemana. *Ibidem*.

²⁸² M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 366.

limitada. Algo que ha sido criticado por la doctrina en numerosas ocasiones²⁸³. Y es que como ya dijimos, la pretensión real de esta norma es la de generalizar una determinada solución a los posibles problemas que puedan plantear los desplazamientos temporales de trabajadores y no la de asegurar una regulación uniforme en todos los Estados.

En opinión de Rodríguez-Piñero, esa característica no debe verse como un defecto, sino como expresión de la flexibilidad del Derecho comunitario, tendente a ofrecer a los Estados miembros distintas formas y niveles de compromiso mediante la utilización de técnicas diversas²⁸⁴. Lo que convierte a esta disposición en una norma de carácter extremadamente flexible y funcional.

Sin embargo, se ha criticado en no pocas ocasiones lo que podríamos expresar como una “flexibilidad excesiva”. Y es que la aplicación de la famosa técnica del núcleo duro se presenta en la práctica con varias excepciones²⁸⁵. Para gran parte de la doctrina resulta, cuanto menos, llamativo que en el mismo precepto (el artículo 3) se establezca la regla general a seguir y, a la vez, se prevea una serie de excepciones de gran amplitud. De manera que, tras obligar a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación a garantizar a los trabajadores desplazados a su territorio, y para determinadas materias, unas condiciones de trabajo:

- se permite exceptuar la aplicación de la regla del núcleo duro a los supuestos de montaje inicial o de primera instalación de un bien, que originen desplazamientos de una duración inferior a ocho días (artículo 3.2)²⁸⁶; o cuando ello conlleve la aplicación de condiciones de trabajo más favorables para el trabajador (artículo 3.7).

²⁸³ Entre otros, C. Molina Navarrete y G. Esteban de la Rosa, *Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia*, cit., p. 6; M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., pp.360-363; E. Kolehmainen, *The directive concerning the posting of workers: synchronization of the functions of national legal systems*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 20, Issue 1, 1998, p. 93.

²⁸⁴ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, “Flexibility and European Law: a Labour Lawyer’s view”, en G. De Burga y J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart Publishing, Portland, 2000, pp. 219 y ss.

²⁸⁵ Por todos, J.P Landa Zapirain y O. Fotinopoulou, *Breve comentario de la ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE*, *Relaciones Laborales*, Núm. 1, 2000, p. 18.

²⁸⁶ Sin embargo, este mismo precepto señala que, aun estando motivado el desplazamiento por la realización de algunos de estos trabajos, la reducción no se aplicará cuando aquél tenga lugar en las actividades de la construcción que se mencionan en el anexo de esta Directiva, esto es, todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones y, en particular, las obras de: excavación, nivelación, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento o equipamiento, transformación, renovación, reparación, desmantelamiento, derribo, conservación, mantenimiento (obras de pintura y limpieza) y saneamiento.

El apdo.6 de este mismo artículo establece la regla de cálculo: “la duración máxima de ocho días se calculará sobre un periodo de referencia de un año, computado a partir del comienzo del desplazamiento e incluyendo, si fuera el caso, el tiempo que haya estado desplazado otro trabajador al que se sustituya”. Evitándose con este último apunte que se pueda eludir este límite máximo de duración mediante la sustitución cíclica de trabajadores.

- también se permite a los Estados introducir excepciones (artículo 3.4), e incluso, no aplicar esta regla del núcleo duro cuando los desplazamientos sean inferiores a un mes (artículo 3.3)²⁸⁷.

- y por último, se contempla la posibilidad de que los Estados puedan imponer condiciones de trabajo, referidas a materias distintas de las contempladas por la Directiva, por razones de orden público; así como condiciones fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general (artículo 3.10), siempre que la igualdad de trato entre empresas quede garantizada (artículo 3.8).

Tras este análisis queda clara la intención del legislador comunitario de otorgar a los Estados, dentro del espacio de competencias compartidas, la capacidad de determinar el nivel de protección que desean garantizar en su territorio en relación a las materias recogidas en esta Directiva sobre prestaciones de servicios transnacionales; lo que, en consecuencia, ha favorecido la existencia de desniveles considerables de regulación. Diferencias que incluso se han incrementado en las últimas décadas, como consecuencia de la ampliación de la Unión.

En esa misma línea argumentativa y más allá de los mínimos protectores establecidos por la Directiva 96/71/CE, se presenta un área de libre competencia social, cuyos contornos se amplían al mismo ritmo que las disparidades sociales en el seno de la Unión Europea. Y es que tras la doctrina *Laval*, o lo que es lo mismo, tras la fijación del estándar armonizado no susceptible de ser mejorado por la legislación nacional, la finalidad *antidumping* sólo resulta aceptable en relación al núcleo duro establecido en la propia norma europea. Por tanto, fuera de dicho núcleo existe un cierto espacio jurídico donde más que una competencia entre empresas se genera una competencia entre asalariados que ejerce una presión a la baja en los estándares nacionales²⁸⁸.

Entiende Rodríguez-Piñero que esta forma de actuar de la Directiva se justifica no sólo atendiendo a los problemas políticos a los que se enfrenta la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sino también sobre la necesidad de compaginar finalidades económicas y sociales en la armonización europea²⁸⁹. Opinión esta última que viene a coincidir con el planteamiento contenido en la ya conocida Propuesta de Directiva de 1991: “La cuestión radica en encontrar el adecuado equilibrio entre dos principios aparentemente contradictorios. De una parte, el principio de libre competencia empresarial, que posibilita el disfrute de los beneficios del Mercado Interior a toda empresa, incluidas aquellas que utilizan la ventaja comparativa originada por unos costes sociales más bajos. De otra, la protección mínima obligatoria que un

²⁸⁷ El periodo de referencia de un año establecido en el artículo 3.6 también rige para el cálculo de estos desplazamientos inferiores a un mes de duración.

²⁸⁸ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 222, citando a D. Linhart, *Ayer solidarios, hoy adversarios*, *Le Monde Diplomatique*, versión española, marzo 2006 pp. 16 y 17.

²⁸⁹ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 362.

Estado puede imponer en su territorio al objeto de garantizar un estándar mínimo de protección adecuado”²⁹⁰.

En conclusión, la Directiva 96/71/CE, en donde se consagra la creencia de que un mercado unificado puede coexistir con una pluralidad de subsistemas jurídicos, se presenta como una alternativa funcional a la armonización, en la que, además de promover los objetivos comunitarios, se enfatiza el rol de los Estados miembros como entidades políticas soberanas. Y es que, a través de una sofisticada técnica de ingeniería legal, utiliza los sistemas jurídicos nacionales como bloques de construcción para edificar una estructura jurídica coherente a nivel comunitario²⁹¹.

7.5 LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO. EVOLUCIÓN Y REVISIÓN.

La nota de complejidad que caracteriza a la Directiva 96/71/CE y sobre la ya pusimos en aviso al lector también se puso de manifiesto en su andadura. Y es que el que algunos Estados miembros ya hubieran tomado cartas en el asunto antes de su promulgación dificultará, como vamos a ver, el buen funcionamiento de esta norma.

No debemos olvidar que algunos Estados, a partir de la habilitación hecha por *Rush Portuguesa*, empezaron a aplicar, e incluso a elaborar, su propia legislación laboral en base al principio *Lex Loci Laboris*²⁹². Esto dio lugar a una diversidad de regímenes nacionales, a las consiguientes diferencias en cuanto al grado de desarrollo de estos procesos y a problemas de coordinación entre los mismos. Desde esta perspectiva resulta claro que la Directiva actuó en un momento anterior al que resulta normal en estos casos. Es decir, mientras que la armonización típica opera aproximando las legislaciones nacionales ya vigentes, esta norma europea surge en mitad de varios procesos nacionales de regulación, o lo que es lo mismo, cuando todavía no se habían promulgado las correspondientes normas nacionales en la materia²⁹³. Circunstancia tremendamente relevante, pues si no la tuviéramos presente no se entenderían los obstáculos a los que ha tenido que enfrentarse la puesta en marcha de la Directiva 96/71/CE.

²⁹⁰ Véase el apdo. 9 bis in fine de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, COM (91) 230 final - SYN 346, de 1 de agosto de 1991.

²⁹¹ E. Kolehmainen, *The directive concerning the posting of workers: synchronization of the functions of national legal systems*, cit., pp. 11 y 14.

²⁹² Los países que elaboraron su propia legislación nacional sobre el desplazamiento de trabajadores para tratar de hacer frente a distorsiones de la competencia, por un lado, y de proteger a los trabajadores temporalmente desplazados, por otro, fueron: Alemania (Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AentG)-Ley sobre desplazamiento de trabajadores), de 26 de febrero de 1996; Austria (Bundesgesetzblatt I 1995/895) y Francia (Ley n. 93-1313 sobre Empleo y Formación Profesional, de 20 de diciembre de 1993, y Decreto de 11 de julio de 1994 relativo a los desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios internacionales. En este punto me remito a la explicación contenida en la nota núm.234).

Otros países como el Reino Unido o Irlanda, no adoptaron legislación específica alguna, ya que sus legislaciones nacionales se aplicaban a todos los trabajadores, independientemente de su situación.

²⁹³ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión*, cit., p. 366.

7.5.1 Progreso de la situación desde la adopción de la norma en 1996

Ante el escenario descrito, la Directiva 96/71/CE estableció en su propio articulado una fecha tope (16 de diciembre de 2001²⁹⁴) para que la Comisión examinase las normas que la iban a desarrollar, así como la actuación en la materia por parte de los Estados miembros con la idea de poder proponer las modificaciones que previsiblemente iban a resultar necesarias. Sin embargo, ese examen no se plasmaría hasta enero de 2003²⁹⁵ y, lo que es también llamativo, no se comunicaría al resto de instituciones hasta seis meses después²⁹⁶. Si tenemos en cuenta que para la elaboración de este documento se envió un cuestionario a las administraciones nacionales planteándoles preguntas sobre las modalidades prácticas de aplicación y sobre las posibles dificultades a las que hubieran tenido que hacer frente, la razón casi resulta obvia: ni todos los Estados habían llevado a cabo la transposición de la Directiva a sus legislaciones nacionales (caso de Reino Unido e Irlanda), ni los que sí lo habían hecho la llevaron a cabo de manera inmediata²⁹⁷ (Luxemburgo, por ejemplo, incorporó la Directiva a su legislación nacional en diciembre

²⁹⁴ Para cuyo establecimiento se tuvo en consideración el fin del plazo de transposición de la Directiva a la legislación de los Estados miembros: el 16 de diciembre de 1999. Véase el Considerando H de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2004, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM(2003) 458 - 2003/2168(INI)].

Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P5-TA-2004-0030+0+DOC+PDF+V0//ES>

²⁹⁵ Informe de los servicios de la Comisión, de enero de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Disponible en inglés en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>

²⁹⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de julio de 2003, relativa a la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM (2003) 458 final]. Disponible en:

<http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/56720->

[Comunicacion_de_la_Comision_%28julio_2003%29_sobre_aplacion_de_la_Directiva_96-71.pdf](#)

²⁹⁷ Alemania, Austria y Francia, que ya habían establecido su propia legislación nacional en materia de prestaciones de servicio transnacionales (respectivamente, Ley sobre el desplazamiento de trabajadores de 26 de febrero de 1996, Bundesgesetzblatt I 1995/895, y Ley de 20 de diciembre de 1993 y decreto de aplicación de 11 de julio de 1994), adaptaron sus legislaciones tras la adopción de la Directiva para responder a las exigencias de la misma (en Alemania, ley de 19 de diciembre de 1998 que modifica la ley de 26 de febrero de 1996 sobre el desplazamiento de los trabajadores; en Austria, adaptación de la AVRAG, que entró en vigor el 1 de octubre de 1999; en Francia, decretos de 4 de septiembre y de 29 de mayo de 2000, que modifican las disposiciones del Código de trabajo francés relativas a los desplazamientos en el marco de las prestaciones de servicios internacionales).

España, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Suecia lo hicieron en 1999 (respectivamente, Ley 45/1999, de 29 de noviembre; Ley 933, de 15 de diciembre; Ley 1146/1999, de 16 de diciembre; Ley de 2 de diciembre; y Ley 1999:678). Grecia, Italia y Portugal la transpusieron en el año 2000 (respectivamente, Decreto Presidencial 219, de 28 de agosto; Decreto Legislativo Núm. 72, de 25 de febrero; y Ley 9/2000, de 15 de junio). Luxemburgo y Bélgica lo hicieron en 2002 (respectivamente, Ley de 20 de diciembre; y Ley de 5 de marzo y Real Decreto 29 de marzo).

Véase Comunicación relativa a la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM (2003) 458 final], *cit.*, p. 8.

de 2002). Esto se tradujo en una escasa experiencia nacional sobre la que poder hacer valoración alguna.

A pesar de esta circunstancia, en el informe de 2003 se evidenciaron algunos aspectos que merecen ser destacados, pues, como vamos a ver, a pesar de las reformas que llevarían a cabo los Estados miembros serán una constante en los documentos de revisión que se irán elaborando.

a) En primer lugar, se puso de manifiesto que la Directiva exige a las empresas implicadas que respeten la legislación de un Estado en el que no están domiciliadas y cuyo Derecho nacional es, en ocasiones, de difícil comprensión y acceso. Y es que, a pesar de que en base al artículo 4.3 de la Directiva todo Estado miembro debía adoptar las medidas apropiadas para que la información relativa a las condiciones de trabajo y de empleo fueran accesibles, las empresas encontraban muchas dificultades en el acceso a tal información, especialmente por lo que al lenguaje se refiere. En efecto, en la mayoría de ocasiones, los servicios de control se enfrentaban impotentes a documentos redactados en la lengua de origen de los trabajadores, lo que condujo a que en la mayoría de Estados la redacción de esos documentos tuviera que realizarse en la lengua del Estado de ejecución de la prestación de servicios.

Precisamente, en materia de cooperación administrativa resultan llamativas las dos propuestas formuladas en este informe. En la primera de ellas, la Comisión establece que sus servicios se encargarían de recoger toda la información pertinente de los Estados miembros, a fin de hacerlos accesibles a través de su página web²⁹⁸. En la segunda, propuso mejorar la cooperación administrativa transnacional, no sólo a través de los mecanismos establecidos en la Directiva 96/71/CE, sino también al margen de ella; e incluso se comprometió a presentar esas medidas en ese mismo año²⁹⁹; lo que no cumplió³⁰⁰.

b) La comparación de las legislaciones de diferentes Estados constituía otra fuente de dificultades, pues implicaba no sólo el conocimiento de las legislaciones de otros Estados miembros, sino también la apreciación de su equivalencia con el Derecho interno aplicable en el país de acogida. En efecto, en determinados ámbitos no bastaba con que los servicios competentes verificasen el respeto de las disposiciones del Derecho del trabajo interno; era preciso verificar previamente si el empresario había respetado o no una legislación equivalente en vigor en los países de establecimiento de la empresa³⁰¹.

²⁹⁸ Véase *Ibidem*, p. 20.

²⁹⁹ Véase *Ibidem*, p. 21.

³⁰⁰ No sería hasta 2006 cuando se presentaron unas orientaciones para alcanzar más eficazmente los resultados exigidos por la Directiva [Comunicación de la Comisión, de 4 de abril de 2006, Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios COM(2006) 159 final, *cit.*].

³⁰¹ Así ocurría, por ejemplo, en relación a de los regímenes de vacaciones pagadas de los trabajadores (*Ibidem*, p. 16).

c) Por otro lado, se reflejaban deficiencias en el control del respeto de las disposiciones nacionales de transposición, así como en la ejecución de las sanciones, lo que venía a limitar la efectividad real de la Directiva. Y es que la situación específica del desplazamiento transnacional, es decir, el carácter temporal y la confrontación de sistemas jurídicos diferentes, hacían y hacen que este control sea delicado y difícil.

Todos estos aspectos no hacían sino remarcar la necesidad de contar con una cooperación eficaz entre las administraciones de los Estados miembros. Algo que irá reiterándose en las futuras revisiones.

Si tenemos en cuenta que los problemas que encontró la aplicación de la Directiva 96/71/CE eran más bien de carácter práctico que de índole jurídica, no era lógico pensar en una pronta modificación de la norma, pues ni la mejora de los medios de información, de los cauces de comunicación, ni de las medidas sancionadoras podían hacerse de la noche a la mañana. Era preciso adquirir una mayor experiencia práctica sobre la Directiva. En consecuencia, tanto la Comisión, como el Parlamento establecieron que la próxima evaluación de la Directiva debía llevarse a cabo una vez que todos los Estados miembros hubieran aplicado las recomendaciones expuestas³⁰².

No sería hasta abril de 2006 cuando la Comisión volvería a analizar la actuación de los Estados miembros en relación al cumplimiento de la Directiva 96/71/CE³⁰³. En ese documento, cuyo objetivo era ayudar a los Estados miembros a alcanzar más eficazmente los resultados exigidos por la norma europea, y en otro posterior de junio de 2007³⁰⁴, destinado a evaluar los progresos realizados a la luz de las orientaciones

³⁰² Véase la Comunicación relativa a la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM (2003) 458 final], *cit.*, p. 19. Resulta curioso, no obstante, que el Parlamento contemplase una fecha tope para ello (finales de 2004). Véase la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM(2003) 458 - 2003/2168(INI)], *cit.*, p. 4.

³⁰³ Comunicación de la Comisión, de 4 de abril de 2006, orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (COM (2006) 159 final), *cit.*

En este documento de la Comisión, además de analizar si algunas medidas de control adoptadas por algunos Estados miembros suponían restricciones injustificadas y desproporcionadas a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad (véase, pp. 3-9), se pide a los Estados miembros: *a)* que hagan esfuerzos suplementarios para mejorar y facilitar el acceso a la información sobre los términos y las condiciones de empleo que deben aplicar los prestadores de servicios (véase, p. 9); *b)* que adopten las medidas necesarias para que las autoridades de control tengan los equipos y los recursos necesarios para responder con eficacia a las solicitudes de información y de cooperación transfronteriza formuladas por las autoridades competentes de los demás Estados miembros (véase, p. 10); *c)* que revisen sus sistemas de control y de aplicación de la Directiva. En particular, se les pide que se aseguren de que existe un mecanismo para resolver los incumplimientos, así como medidas de control adecuadas y proporcionadas, y que puede sancionarse de forma efectiva a los prestadores de servicios que cometan infracciones (véase, p. 12).

En este documento, la Comisión volvió a establecer un plazo (Junio de 2007) para una posterior evaluación de la situación de todos los Estados miembros a fin de evaluar los progresos alcanzados (véase, p. 12).

³⁰⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de junio de 2007, sobre Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios-sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores [COM (2007) 304 final]. Disponible en:

formuladas en ese documento anterior, la Comisión volvió a destacar la importancia del acceso a la información y de la cooperación administrativa entre el Estado emisor y el receptor de trabajadores, además de evidenciar que los avances realizados por los Estados miembros habían sido insuficientes. Ante semejante panorama analizado, la conclusión fue contundente: “hasta que los Estados miembros no mejoren sus modalidades de cooperación y, sobre todo, no cumplan las obligaciones que les incumben en virtud de la Directiva, estos problemas no podrán solucionarse”³⁰⁵.

El considerable aumento de trabajadores³⁰⁶, que eran temporalmente desplazados por sus empresas a otros Estados miembros, en el marco de prestaciones de servicios transnacionales, provocó que en 2008 esta materia adquiriera una importancia tal que, en muy poco tiempo, tuvieron lugar varios acontecimientos:

En primer lugar, la Comisión adoptó una Recomendación³⁰⁷ cuyo tono resultaba más contundente y apremiante que el empleado en los documentos anteriores³⁰⁸. En ella instaba a los Estados miembros a tomar medidas urgentes para mejorar la situación de los trabajadores desplazados mediante mejoras en dos de los mismos ámbitos que ya había analizado en los documentos precedentes: *a)* cooperación administrativa, donde se urge la puesta en práctica de un sistema electrónico de intercambio de información³⁰⁹; y

http://www.ccoo.es/comunes/recursos/99999/doc2992_com_304-2007_desplazamiento_de_trabajadores_en_el_marco_de_una_prestacion_de_servicio.pdf

En este nuevo documento se puso de manifiesto (atendiendo a las respuestas a los cuestionarios enviados en 2006): *a)* en primer lugar que los Estados miembros y los interlocutores sociales tenían opiniones divergentes sobre la necesidad de aplicar determinadas medidas de control, así como sobre su compatibilidad con el Derecho comunitario. Motivo por el que la Comisión volvió a analizar aquí las medidas de control adoptadas por algunos de ellos; e incluso, contempló la posibilidad de procedimientos de infracción al amparo del artículo 226 del TCE (actual artículo 258 TFUE); *b)* haciéndose eco de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2006, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)), en la que se señalaba que un gran número de trabajadores desplazados ni siquiera conocían los derechos que les confiere la Directiva (véase el Considerando 1 y el punto 18 de esta Resolución), expresó su preocupación por la manera en que los Estados miembros aplicaban o cumplían las normas de la Directiva relativas a la cooperación administrativa y al acceso a la información; y acordó adoptar una recomendación para reforzar la cooperación administrativa entre los Estados por medio del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI); *c)* en tercer lugar, resaltó la ausencia de medidas convenientes o proporcionadas para controlar eficazmente el respeto de la Directiva, evidenciando la dificultad que esto entraña para el correcto cumplimiento de la Directiva.

³⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de junio de 2007, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, cit., p. 12.

³⁰⁶ Según se refleja en el Informe de la Comisión, de 18 de noviembre de 2008, sobre el empleo en Europa (MEMO/08/719), pp. 3 y 4. Disponible en inglés en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-719_en.htm?locale=enhttp://europa.eu/rapid/setlanguage.do?language=en

³⁰⁷ Tal y como se previó en la Comunicación de la Comisión de 2007 (véase, p. 13).

Recomendación de la Comisión, de 31 de marzo de 2008, relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE C 85, de 4 de abril de 2008).

³⁰⁸ Sirvan de ejemplo el contenido de los Considerandos 3 y 10.

b) un mejor acceso a la información sobre las condiciones laborales, no sólo para los prestadores de servicios extranjeros, sino también para los trabajadores desplazados interesados³¹⁰.

Nada se dijo, sin embargo, sobre las medidas de control del cumplimiento de la Directiva. Algo que resulta tremendamente llamativo, pues precisamente en este documento, donde se urgen actuaciones muy definidas, se pierde la oportunidad de especificar qué tipo de medidas deberían llevar a cabo los Estados para garantizar el cumplimiento de dicha norma³¹¹. Lo que sí se hizo fue introducir algo novedoso: un sistema de intercambio de buenas prácticas en materia de desplazamiento de trabajadores³¹².

También en 2008, el Parlamento europeo adoptó una Resolución en la que, además de manifestar su respaldo a las intenciones manifestadas tanto por la Comisión como Consejo³¹³ para remediar las deficiencias en la puesta en práctica de la Directiva 96/71/CE, invitaba a todos los Estados miembros a que garantizaran adecuadamente el

³⁰⁹ Estableciéndose como referencia el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI). Este sistema tiene por objeto favorecer la asistencia mutua y el intercambio de información entre los Estados miembros. Sirve de herramienta para que las autoridades europeas puedan intercambiar datos de manera fiable y rápida, lo que les permite colaborar eficazmente a pesar de los obstáculos vinculados a la utilización de lenguas y procedimientos y estructuras administrativas diferentes. Participan en él numerosas autoridades públicas de la AGE, CCAA y EELL para garantizar los derechos de los ciudadanos y empresas en el mercado interior.

³¹⁰ En concreto, se insta a los Estados a evitar referirse genéricamente al Derecho laboral y a indicar claramente qué condiciones de empleo y qué legislación (nacional y/o regional) deben aplicarse a los trabajadores desplazados en su territorio; además de facilitar esta información en lenguas distintas a la/s propia/s del país.

³¹¹ Sobre este punto sí se pronunciará la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento europeo. Véanse las opiniones encargadas para su Informe, de 30 de septiembre de 2008, *Sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea* ((2008/2025 (INI)): Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, de 10 de septiembre de 2008 (p. 21, apdo. 9); y la Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del consumidor, de 16 de julio de 2008 (p. 24, apdo.7). Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0370+0+DOC+PDF+V0//ES>

³¹² Entiende la Comisión que para que hubiera una mayor cooperación administrativa y poder prevenir posibles conflictos era necesario desarrollar medios que permitiesen el intercambio de buenas prácticas en la materia. Por ello, y dando continuidad a lo anunciado en su Comunicación de 2007, cit., (véase, p. 13), se compromete a una futura decisión para crear un Comité de Alto Nivel (véase, Anexo de la Recomendación de la Comisión, de 31 de marzo de 2008, cit.).

En nuestro país ya se había dado algún paso en esa dirección. Por ejemplo, con ocasión del Año Europeo de la Movilidad de los Trabajadores (2006), IESE-CELA, Sagardoy Abogados y Creade ya habían publicado el *Libro Blanco sobre las Mejores Prácticas en Movilidad Geográfica Nacional e Internacional de Trabajadores* (disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-96.pdf>).

³¹³ Conclusiones de la Sesión nº 2876 del Consejo de la Unión Europea, celebrado en Luxemburgo los días 9 y 10 de junio de 2008.

Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/lisa/101754.pdf

cumplimiento de dicha norma y solicitaba a la Comisión que no excluyera una revisión parcial de esta Directiva tras evaluar en profundidad sus problemas y desafíos³¹⁴.

Por otro lado, las sentencias del TJCE en los asuntos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* y *Comisión/Luxemburgo*³¹⁵ desencadenaron en este año un intenso debate entre las instituciones de la Unión Europea, los profesionales y los interlocutores sociales en torno a dos grandes cuestiones. La primera, cómo establecer un equilibrio adecuado entre el ejercicio del derecho sindical a adoptar medidas de conflicto colectivo (incluido el derecho de huelga) y las libertades económicas consagradas en el TFUE (en particular, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios). La segunda, cómo interpretar algunas disposiciones clave de la Directiva 96/71/CE, como el concepto de orden público, el ámbito de aplicación material de las condiciones de trabajo y empleo impuestas por la Directiva, y la naturaleza de las normas obligatorias (en particular, el salario mínimo). Cuestiones, ampliamente debatidas, sobre las que se irían dando indicaciones en los futuros documentos presentados por las instituciones y organismos.

Este completo 2008 se cerró con la creación de un Comité de Expertos sobre Desplazamiento de Trabajadores³¹⁶, compuesto por representantes de los Estados miembros, destinado principalmente a apoyar y ayudar a los Estados miembros a identificar e intercambiar experiencias y buenas prácticas, promover el intercambio de información pertinente, analizar las cuestiones y dificultades que pudieran surgir en la aplicación práctica de la legislación sobre desplazamiento de trabajadores, y seguir de cerca los progresos alcanzados.

Como vemos, 2008 fue un año de intensa actividad. Y es que, mientras que el número de desplazamientos de trabajadores aumentaba, la actuación de los Estados miembros, en relación al cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, distaba mucho aún del ideal pretendido.

³¹⁴ Véanse los apdos. 27 y 30 de la Resolución del Parlamento europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea (2008/2085 (INI)). Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin34/Legislacion_34/convenios_colectivos.pdf

³¹⁵ Sentencias de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, cit.; de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, cit.; de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, cit.; y de 19 de junio de 2008, *Comisión/Luxemburgo*, cit.

³¹⁶ Decisión 2009/17/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, por la que se crea el Comité de Expertos sobre Desplazamiento de Trabajadores (DOUE L 8, de 13 de enero de 2009). Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_leyes/trabajo/norma_empleo/entes/anos/2009/012009/DocsCCAA/UnionEuropea01.pdf

De esta manera, la Comisión da cumplimiento a la petición realizada por el Consejo de la Unión Europea, en las Conclusiones de su Sesión n° 2876, celebrada en Luxemburgo los días 9 y 10 de junio de 2008. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/lssa/101754.pdf

Véase también, Informe del COREPER n° 9935/08 SOC 316 COMPET 194, de 28 de mayo de 2008. Disponible en:

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%209935%202008%20INIT>

En el transcurso del tiempo dado para poder llevar a cabo las actuaciones recomendadas no hubo inactividad por parte de las instituciones y los organismos. Así, por ejemplo, en 2010, el CESE además de solicitar una aplicación más eficaz de la Directiva 96/71/CE, reiteró la necesidad de mayores controles, e incluso de una revisión parcial de esta norma³¹⁷.

Ese mismo año, la Comisión, en su Comunicación de 27 de octubre, *Hacia un Acta del Mercado único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y negociar mejor todos juntos*³¹⁸, presentó una propuesta dirigida a restablecer la confianza de los ciudadanos sobre el desplazamiento de trabajadores. En ella, la Comisión preveía la aprobación de una Propuesta legislativa destinada a mejorar la aplicación de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores³¹⁹ para el año siguiente. Sin embargo, una vez más no se cumplió la fecha prevista³²⁰.

7.5.2 Una Propuesta de Directiva para garantizar el cumplimiento de otra (Directiva)

Las diferencias y disparidades en la manera de implementar y aplicar la Directiva 96/71/CE hacían muy difícil, si no imposible, la creación del marco necesario de competencia leal para los prestadores de servicios, por un lado, y la garantía de que los

³¹⁷ Dictamen del CESE, sobre *La dimensión social del mercado interior* (Dictamen de iniciativa, 2011/C 44/15), de 14 de julio de 2010 (DOUE C 044, de 11 de febrero de 2011). Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2011.044.01.0090.01.SPA

En este documento el CESE propuso actuaciones a corto y medio plazo. A corto plazo, además de pedir una mayor efectividad en la aplicación de la Directiva 96/71/CE, lanzó una idea, cuanto menos original: que en poco tiempo se discutiese la posible construcción de una "Interpol europea de asuntos sociales" que respaldase las actividades de las inspecciones laborales de los diferentes Estados miembros (véase, apdos. 1.7 y 5.1). A medio plazo, este organismo apoyaba que la Comisión aclarase las obligaciones jurídicas de las autoridades nacionales, de las empresas y de los trabajadores al aplicar la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores y que garantizase de algún modo su aplicación, así como una revisión parcial de dicha norma (véanse, apdos. 1.7 y 5.4).

³¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Hacia un Acta del Mercado Único - Por una economía social de mercado altamente competitiva, cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*, COM(2010) 608 final, de 27 de octubre de 2010.

Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_es.pdf

³¹⁹ Propuesta n° 30: "La Comisión aprobará en 2011 una propuesta legislativa destinada a mejorar la aplicación de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, propuesta que podría incluir una aclaración del ejercicio de los derechos sociales fundamentales en el contexto de las libertades económicas del mercado único o completarse con dicha aclaración" (véase, p. 26 *Ibidem*).

³²⁰ Tras el amplio debate público que suscitó esta consulta y sobre la base de las aportaciones al mismo, la Comisión adoptó la Comunicación *Acta del Mercado Único, Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, el 13 de abril de 2011 (COM(2011) 206 final). Las iniciativas legislativas relativas al desplazamiento de trabajadores figuran entre las doce prioridades incluidas en el capítulo sobre cohesión social: "legislación que mejore y refuerce la transposición, la implementación y el cumplimiento en la práctica de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, que incluirá medidas para impedir y sancionar cualquier abuso o elusión de las normas aplicables y tendrá que ir acompañada de disposiciones que permitan aclarar el ejercicio de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios junto con los derechos sociales fundamentales".

trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios disfrutasen del mismo nivel de protección establecido por la norma en el conjunto de la Unión Europea, por otro. Aspectos ambos que constituyen las dos caras de la moneda del Mercado único europeo. Aquel escenario evidenciaba que las necesarias claridad y seguridad jurídicas no podrían alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros, por lo que una acción a nivel europeo se hizo precisa.

Así, para hacer que el mercado único de la Unión Europea funcionase mejor tanto para los trabajadores como para las empresas, la Comisión propuso varias vías para aumentar la competitividad en la Unión Europea, sin menoscabo de los derechos de los trabajadores, a través de una mejora en la aplicación de la Directiva 96/71/CE. Para analizar las distintas alternativas de actuación, la Comisión encargó a un consultor externo una evaluación de impacto³²¹, mediante la cual se trataría de identificar los derechos fundamentales potencialmente afectados, el grado de interferencia en los mismos, así como la necesidad y la proporcionalidad de dicha irrupción para alcanzar una serie de objetivos generales y otros de carácter más específico³²².

Finalizado dicho estudio se optó por una combinación de distintas medidas³²³. Lo que, en opinión de los Servicios de la Comisión, representaba la opción más proporcionada, en cuanto a costes y ventajas ofrecidas; y permitía, además de respetar los objetivos generales, alcanzar los específicos de “mejorar la protección de los derechos de los trabajadores desplazados, mejorar el clima de competencia leal, facilitar la prestación transfronteriza de servicios y reducir las tensiones entre los sistemas nacionales de

³²¹ Contrato marco múltiple VT 2008/87, estudio preparatorio para la evaluación de impacto de la posible revisión del marco legislativo sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (VT/2010/126). Véase, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2012, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD), p. 10. Disponible en:

http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/com2012_0131es01%5B1%5D.pdf

³²² a) de carácter general: el desarrollo sostenible del mercado único, basado en una economía social de mercado altamente competitiva; la libre prestación de servicios y la promoción de un marco de competencia equitativo; la mejora de las condiciones de vida y de trabajo; el respeto de la diversidad de sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros y el fomento del diálogo social.

b) objetivos específicos: aumentar la protección de los derechos de los trabajadores desplazados; facilitar la prestación transfronteriza de servicios y mejorar el clima de competencia leal; y aumentar la seguridad jurídica en lo que atañe al equilibrio entre los derechos sociales y las libertades económicas, en particular en el contexto del desplazamiento de trabajadores.

La evaluación de impacto estaba basada en la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, de 19 de octubre de 2010 (COM(2010) 573 final). Disponible en:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282010%290573_/com_com%282010%290573_es.pdf

³²³ Las distintas opciones de actuación analizadas pueden encontrarse en los puntos 6 y 7 del Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión: *Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a los documentos Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios* (SWD (2012) 64 final), de 21 de marzo de 2012. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52012SC0064>

relaciones laborales y la libre prestación de servicio” de una manera efectiva y eficiente³²⁴.

Pues bien, establecidos los objetivos y las medidas necesarias para su consecución, era preciso determinar el cauce a través del cual aquellas medidas iban a ponerse en funcionamiento. Y la opción fue clara: una nueva directiva relativa a la garantía de cumplimiento de la norma de 1996. La Comisión entendió que una nueva normativa expresaría más claramente los objetivos de actuación -mejora y refuerzo en la transposición y en la implementación, y la garantía del cumplimiento de la Directiva, lo que incluía medidas para prevenir y sancionar todo abuso y elusión de las normas aplicables-³²⁵, que una propuesta que modificase la Directiva vigente.

En consecuencia, el 21 de marzo de 2012, y sobre la base jurídica de los artículos 53.1 y 62 del TFUE³²⁶, la Comisión presentó su Propuesta de Directiva relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que venía a mejorar y reforzar la forma en que la Directiva de 1996 se aplicaba y se hacía cumplir en toda la Unión Europea³²⁷.

Tras su adopción, el Presidente Barroso comentó: “en 2009 le prometí al Parlamento Europeo que clarificaríamos el ejercicio de los derechos sociales de los trabajadores desplazados. La libre prestación de servicios en el mercado interior constituye una gran oportunidad de crecimiento, pero las normas han de aplicarse a todos por igual. No siempre es así en el caso de los trabajadores desplazados en otro Estado miembro. La Comisión Europea emprende hoy una acción concreta para acabar con unos abusos que son inaceptables. Queremos asegurarnos de que los trabajadores desplazados disfrutaran plenamente de sus derechos sociales en toda Europa”³²⁸.

Esta Propuesta, que estableció un marco común general de disposiciones, combinaba medidas preventivas y sanciones proporcionadas, al tiempo que garantizaba el respeto de la diversidad de los diferentes modelos sociales y sistemas de relaciones laborales en los Estados miembros. En concreto:

³²⁴ Punto 8 *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Nótese que son los mismos en los que se basa la Directiva 96/71/CE.

³²⁷ “Una implementación adecuada y una aplicación y una garantía de cumplimiento eficaces son elementos clave para garantizar la eficacia de las normas aplicables de la Unión Europea” (véase, p. 13).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2012, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD). Disponible en: http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/com2012_0131es01%5B1%5D.pdf

³²⁸ Véase el Comunicado de prensa de la Comisión europea, *La Comisión impulsa la protección de los trabajadores desplazados*, de 22 de marzo de 2012. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-267_es.htm

- fijó normas más ambiciosas sobre información a los trabajadores y a empresas acerca de sus derechos y obligaciones³²⁹;
- estableció normas claras para la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en materia de desplazamiento de trabajadores³³⁰;
- proporcionó elementos para mejorar la implementación y el seguimiento del concepto de desplazamiento, a fin de evitar la proliferación de empresas ficticias que utilizaban el desplazamiento para eludir las normas sobre empleo³³¹;
- definió el ámbito de supervisión y las responsabilidades de las autoridades nacionales pertinentes³³²;
- mejoró la defensa de los derechos de los trabajadores (en especial, en el sector de la construcción se introdujo la responsabilidad solidaria respecto de los salarios de los trabajadores desplazados³³³), así como la tramitación de las denuncias³³⁴.

Al igual que ocurrió en ocasiones anteriores, también aquí se fijó un plazo para reportar el grado de cumplimiento por parte de los Estados miembros: cinco años después de la fecha límite de transposición (establecida en los 2 años posteriores a su entrada en vigor³³⁵), la Comisión habría de presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al CESE un informe sobre la implementación de la Directiva, al objeto de determinar la efectividad real de la misma. Nótese que, a diferencia de los documentos anteriores en los que se fijaron fechas específicas, en esta ocasión, previendo quizás un dificultoso proceso de aprobación, el plazo se hizo depender de la fecha efectiva de transposición de la norma.

7.5.3 De la Propuesta a la Norma. La Directiva 2014/67/UE: un largo camino

No iba mal encaminado el legislador europeo al no determinar una fecha concreta para analizar nuevamente el comportamiento de los Estados miembros, pues fue necesario un largo y complejo proceso legislativo para que la nueva normativa viera la luz. Y es que, a pesar de que una vez presentada la Propuesta, la Comisión dio inmediato traslado de la misma al Consejo y al Parlamento europeo para su aprobación, ambas instituciones, de conformidad con el artículo 304 del TFUE, decidieron consultar al CESE sobre esta

³²⁹ Artículos 4, 5 y 18 de la propuesta de Directiva.

³³⁰ Artículo 6 de la propuesta de Directiva.

³³¹ Artículo 3 de la propuesta de Directiva.

³³² Artículos 7, 9 y 10 de la propuesta de Directiva.

³³³ Artículo 12 de la propuesta de Directiva.

³³⁴ Artículos 13 a 16 de la propuesta de Directiva.

³³⁵ Artículo 20 de la propuesta de Directiva.

Propuesta de Directiva³³⁶, dando comienzo así a un largo proceso repleto de informes, consultas y debates. La dificultad en la adopción de la nueva norma se puso de manifiesto ya en esta primera consulta. Y es que el CESE se pronunció al respecto en su 483^{er} Pleno celebrado, el 19 de septiembre de 2012, en los siguientes términos: “los servicios transfronterizos son de gran relevancia de cara al desarrollo del Mercado interior. Para dotarse de una mayor aceptación política y potenciar la solidaridad en su seno, la Unión Europea debe poner más énfasis en los aspectos sociales de sus políticas. Con el fin de obtener todo el potencial del Mercado interior, la Unión Europea debe reforzar la dimensión social. La propuesta de Directiva es un paso en la dirección correcta, pero no es suficiente para satisfacer los deseos del Comité. Para ello haría falta aclarar y reforzar de modo adicional dicha propuesta”³³⁷.

Por su parte, el Comité de las Regiones en su Dictamen de 29 de noviembre de 2012³³⁸, acogió favorablemente el proyecto de adoptar una propuesta de Directiva en este ámbito, pero lamentaba que esta propuesta de la Comisión Europea no procediese a una revisión o reforma de la Directiva 96/71/CE y se limitase a enunciar medidas y mecanismos destinados a mejorar y reforzar el control de la aplicación y la ejecución de las disposiciones de la Directiva 96/71/CE, que aún entonces resultaban insuficientes para luchar contra el dumping social y el fraude³³⁹. Por otro lado, y sobre la base del importante papel que desempeñarían los jueces nacionales en la aplicación práctica de la propuesta de Directiva, destacaba el Comité que ésta debía contener disposiciones claras y precisas para no crear nuevas dudas sobre la interpretación del texto y evitar que se multiplicasen las cuestiones prejudiciales ante el TJUE³⁴⁰. Por este motivo, entendió que determinados términos de la propuesta de Directiva debían aclararse y definirse de manera inequívoca, presentando 19 enmiendas al texto de la Propuesta³⁴¹.

Tras las consultas realizadas y habiendo transcurrido un año desde la recepción de la Propuesta se pronunció el Consejo. Esta institución dejó claro, sobre la base de los trabajos e informes precedentes, que aún iban a ser necesarios nuevos trabajos sobre algunos de los aspectos de la Propuesta. En concreto, destacó la falta de acuerdo de los Estados miembros en torno a dos importantes materias: *a)* la imposición de requisitos administrativos y medidas de control a las empresas que desplazan trabajadores y *b)* la responsabilidad solidaria de los contratantes respecto de los subcontratistas en lo

³³⁶ El 18 de abril de 2012, el Parlamento Europeo, y el 25 de abril del mismo año lo hizo el Consejo.

³³⁷ Véase, punto 4.3 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM(2012) 131 final — 2012/0061 (COD)] (DOUE C 351/61, de 15 de noviembre de 2012).

³³⁸ Dictamen del Comité de las Regiones, de 29 de noviembre de 2012, -El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (2013/C 17/12), DOUE C 17/67, de 19 de enero de 2013.

³³⁹ Puntos 11 y 12 *Ibidem*.

³⁴⁰ Puntos 32 y 33 *Ibidem*.

³⁴¹ Véanse, especialmente, las Enmiendas 2, 3, 6, 11, 14, 15 y 16 *Ibidem*.

referente al cumplimiento de los salarios mínimos aplicables en el sector de la construcción³⁴². Materias en las que las distintas opiniones de los Estados miembros hicieron que el acercamiento de posturas no fuera nada fácil, tal y como se aprecia en las dos sesiones posteriores del Consejo³⁴³.

Por su parte, el Parlamento europeo, en su Resolución de 16 de abril de 2014³⁴⁴, aprobó, planteando numerosas enmiendas³⁴⁵, su posición con vistas a la adopción de la futura Directiva.

No fue hasta el 15 de mayo de 2014, cuando el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea aprobaron la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/UE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios³⁴⁶.

Esta nueva norma no sólo representa un avance significativo en la aplicación de la Directiva 96/71/CE, sino también un hito en el campo de la cooperación transfronteriza entre los Estados miembros, pues a pesar de no haber sido fácil, ha logrado establecer un equilibrio entre los Estados Miembros más favorables a un control estricto de los movimientos transnacionales de trabajadores y los que abogaban por una mayor libertad de prestación de servicios. En efecto, esta nueva Directiva puede presumir de ser uno de los primeros cuerpos normativos de la Unión Europea que prevé la ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias o multas administrativas. Y es que no es frecuente encontrar en el acervo comunitario normativa similar, siendo muy escasos los ejemplos de cooperación transfronteriza en la ejecución de sanciones pecuniarias³⁴⁷. Es

³⁴² Véase el resumen de la Sesión n.º 3206 del Consejo sobre Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, celebrado en Bruselas los días 6 y 7 de diciembre de 2012. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-12-503_es.htm?locale=es

³⁴³ Sesión de 15 de octubre de 2013 y 9 de diciembre del mismo año. Véase, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1230_es.htm?locale=es

³⁴⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (COM(2012)0131 – C7-0086/2012 – 2012/0061(COD)). Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P7-TA-2014-0415%200%20DOC%20XML%20V0//es#top>

³⁴⁵ Véase Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (COM(2012)0131 – C7-0086/2012 – 2012/0061(COD))

Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0249&language=ES>

³⁴⁶ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (Unión Europea) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), DOUE L 159/11, de 28 de mayo de 2014.

³⁴⁷ Véase, la Decisión Marco 2005/214/JHA del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DOUE L76, de 22 de marzo de 2005); la

por ello que esta norma no tendría el mismo valor sin el famoso capítulo VI que prevé la ejecución transfronteriza de sanciones administrativas. Se trata de una parte nuclear de la Directiva, de menor implicación en aspectos de política social, pero de mucha mayor complejidad técnica³⁴⁸. Como habrá supuesto el lector, este capítulo ha sido la parte que más modificaciones ha sufrido respecto a la propuesta de la Comisión Europea.

Presentada la norma, la valoración que puede llevarse a cabo hoy se queda en el plano teórico, pues el plazo dado para que los Estados miembros pongan en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella finaliza el 18 de junio de 2016.

En conclusión, la Directiva 2014/67/UE se presenta como una norma útil que aspira a mejorar la protección de los trabajadores desplazados y a contribuir a la armonización de los procedimientos de control, y cuya mayor ambición es evitar la impunidad de aquellos que utilizan las técnicas transfronterizas para burlar la ley. El tiempo dirá si tales ambiciones fueron satisfechas.

Directiva 2010/24/Unión Europea del Consejo de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas (DOUE L 84, de 31 de marzo de 2010), y, finalmente, el frustrado intento de regular la materia en el sector de sanciones de tráfico llevado a cabo por la Directiva 2011/82/Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, pero que finalmente fue anulada por el TJUE en su sentencia de 6 de mayo de 2014 (asunto C-43/12, *Comisión/Parlamento-Consejo*), por no haber respetado la base legal del TUE.

³⁴⁸ En este capítulo se facilita la realización de controles e inspecciones, se ayuda a detectar e investigar abusos e infracciones de las normas aplicables y, sobre todo, permite ejecutar de forma transfronteriza las sanciones, algo que hasta hoy no era posible.

La realidad planetaria en que se ha convertido la descentralización productiva ha producido una reorganización del panorama laboral hasta ahora vigente. En este escenario, el nuevo modelo organizativo, la empresa-red, se ha convertido en la manifestación más palpable del actual orden económico y social, cambiando los valores, las pautas culturales y los comportamientos de la sociedad³⁴⁹.

Hemos visto como la inclusión cada vez más frecuente de elementos de transnacionalidad en la organización productiva ocasionaba la consiguiente movilización de mano de obra. En este sentido, la multiplicación de los fenómenos de movilidad internacional de trabajadores se configura como una de las principales consecuencias de ese nuevo orden global. Sin embargo, dicho concepto resulta tremendamente amplio, pues engloba multitud de supuestos cuyos problemas jurídicos no son, como vamos a ver, idénticos.

Por ello, una vez fijados los presupuestos sobre los que se asienta la ordenación jurídica de la materia, en este tercer capítulo nos dedicaremos al estudio de una figura concreta de movilidad geográfica en la que la temporalidad resulta esencial: las prestaciones de servicios transnacionales. A tal fin, estableceremos los criterios que permiten definir su supuesto de hecho y acotar su perfil y diferenciaremos esta figura de otras situaciones posiblemente cercanas, pero no necesariamente coincidentes³⁵⁰. Para ello, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios³⁵¹ será nuestra base de estudio, al constituir el marco normativo de referencia a nivel europeo.

El objetivo que se persigue es que tras la consideración de todos esos extremos el lector pueda haber establecido un punto de partida y un referente claro para una mejor comprensión del régimen jurídico de esta figura a cuyo estudio dedicaremos los próximos capítulos.

³⁴⁹ F. Valdés dal Ré, en (O. Pedrajas Moreno, Dir.) *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 33 y 34.

³⁵⁰ Caracterización de A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, **cit.**, prólogo.

³⁵¹ DOUE L 018, de 21 de enero de 1997.

1. LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS TRANSNACIONALES EN EL MARCO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL

Al inicio de esta tesis ya señalábamos como el fenómeno del desplazamiento no constituye, ni mucho menos, una novedad. Las migraciones laborales han venido constituyendo una constante a lo largo de muchos siglos, tantos casi como la historia misma la humanidad³⁵², convirtiendo a unos países en Estados receptores y a otros en emisores de mano de obra.

Tradicionalmente ese movimiento de trabajadores se identificaba como un supuesto de “movilidad *para* el empleo”, en donde el desplazamiento obedecía a una búsqueda de empleo fuera de las fronteras nacionales o a la respuesta a una oferta previa de puesto de trabajo en un mercado laboral distinto al de procedencia³⁵³. Es decir, el traslado transnacional no traía causa en un contexto laboral, sino que tenía en éste su propio fin³⁵⁴.

Tras las intensas transformaciones producidas en los últimos treinta años³⁵⁵, su sentido y significado se han visto profundamente modificados. En efecto, el fenómeno de la globalización, que ha marcado una reestructuración de las relaciones económicas internacionales, la reorganización del aparato productivo, o el desarrollo de las tecnologías de comunicación y de transporte, entre otros factores, han roto el marco en el que venía interpretándose la movilidad de forma que no es posible referirse de modo unívoco a la misma. Podríamos decir que el concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores ha pasado a agrupar, además, un conjunto de situaciones caracterizadas por la aparición de determinados elementos de extranjería en el transcurso de una relación laboral preexistente. En este sentido, hablamos de supuestos de “movilidad *en* el empleo” toda vez que se produce una alteración temporal en la localización física de la actividad laboral.

Debemos señalar, no obstante, que el concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores no es, *stricto sensu*, un concepto legal³⁵⁶. En efecto, no consta texto

³⁵² Recordemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 13.2 ya reconocía el derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de un trabajo.

³⁵³ Véanse, entre otros, C.R. Mc Connell y otros, *Economía laboral*, 7ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2007, pp. 270 y ss.; y G.J. Borjas, *Labor Economics*, 5ª. ed., McGraw-Hill-Irvin, Boston, 2010, p. 317.

³⁵⁴ En este sentido, M.E. Casas Baamonde, *Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma*, Relaciones laborales, Núm.1, 1994, pp. 4 y 5; M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE*, Relaciones Laborales, Núm. 23, 1999, pp. 78 y 79; y G. Esteban de la Rosa y C. Molina Navarrete, *La movilidad transnacional de trabajadores; reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002, p. 2.

³⁵⁵ Véase *supra* apdo. 3.2 Transformación del sistema de organización productiva clásico, Capítulo I.

³⁵⁶ Según F. Alemán Páez, *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 50, “la movilidad geográfica es una expresión de uso común cuya proximidad tropieza con cualquier intento de delimitación teórico-conceptual. De hecho, se trata de un término omnicompreensivo tras el que subyace una realidad muy versátil a efectos definitorios”.

normativo alguno que contenga referencias al respecto, como tampoco hay unanimidad en el uso de este término a la hora de denominar las distintas situaciones que implica la ejecución temporal de la prestación de servicios en el extranjero. De hecho, en la doctrina es frecuente encontrar expresiones como “movilidad internacional”³⁵⁷, “movilidad transnacional”³⁵⁸, “movilidad externa”³⁵⁹, “expatriación”³⁶⁰, “asignación internacional”³⁶¹, “trabajo en el extranjero” e, incluso, “migración”³⁶². Si bien es cierto que la expresión “movilidad geográfica internacional” es la que ha tenido una utilización más general o extensiva.

Son varios los argumentos que sustentan la ausencia de un concepto único y generalizado que englobe las distintas situaciones en las que se puede encontrar un trabajador que pasa de prestar servicios en un país a hacerlo en otro dentro de una misma relación contractual.

En primer lugar, debemos tener presente que la prestación temporal de servicios en el extranjero (una vez que la actividad laboral se ha comenzado a desarrollar en un determinado país) es un fenómeno relativamente reciente³⁶³. Prácticamente hasta mediados de la década de los 90 las experiencias de trabajo transnacional se circunscribían exclusivamente al traslado de un país a otro para buscar empleo.

Igualmente, hasta hace poco tiempo, dados los costes implícitos en el propio desplazamiento, eran pocas las relaciones de trabajo susceptibles de acarrear una movilidad geográfica internacional. Tan es así que el desplazamiento internacional podía predicarse casi en exclusiva de directivos y personal de alta cualificación profesional. En efecto, tradicionalmente han sido los empleados con mayor responsabilidad o especialización en sus empresas de origen los que se han visto afectados por un desplazamiento transnacional. Sin embargo, en la actualidad se aprecia cierta mutación

³⁵⁷ Entre otros, hablan de “movilidad internacional de mano de obra”, J. Carrascosa González y M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo*, Relaciones Laborales, Vol. II, 1993, pp. 382-407.

³⁵⁸ Entre otros, G. Esteban de la Rosa y C. Molina Navarrete, *La movilidad transnacional de trabajadores; reglas y prácticas*, cit.; e I. García-Perrote, *Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Núm. 138, 2008, pp. 313-324.

³⁵⁹ Entre otros, A. Caparrón Ruiz, *La movilidad laboral externa en España*, Mergablum Edición y Comunicación S.L., Sevilla, 2003; y M. A. Pérez-Corrales, *La movilidad laboral desde una perspectiva empresarial*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 41, 2003, pp. 55-67.

³⁶⁰ Entre otros, S. Espinosa de los Monteros Garde y J. Verdeal Durán, *Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores*, Revista ICE, Ministerio de Economía y Competitividad, Núm. 839, 2007, pp. 103-111; y P. Álvarez Barbeito y J. M. Calderón Carrero, *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010.

³⁶¹ Entre otros, J. R. Pin Arboledas, P. García Lombardía y A. Gallifa, *Asignación internacional del talento en las empresas españolas*, IESE-IRCO, Universidad de Navarra, 2012 Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-173.pdf>

³⁶² Este término se recoge en numerosos documentos de trabajo de organizaciones e instituciones internacionales, sirvan de ejemplo la OIT, la Comisión europea, o la OISS.

³⁶³ Nos remitimos, de nuevo, al epígrafe 4 del Capítulo I del presente trabajo.

de esta tendencia³⁶⁴. Hoy son muchos los trabajadores que, teniendo otras funciones en la organización productiva y contando con una cualificación inferior, son destinados al extranjero por su empresa para seguir desarrollando allí su prestación de servicios³⁶⁵.

En tercer lugar, la inexistencia de un concepto omnicomprensivo de las situaciones de prestación temporal de servicios en el extranjero obedece a que la actividad normativa generada como consecuencia del incremento de estas experiencias no ha ofrecido un tratamiento general y homogéneo de las mismas.

En las disposiciones normativas que las regulan podemos apreciar dos posturas. Por un lado, hay textos que directamente no utilizan concepto alguno porque se limitan a describir las distintas situaciones particulares en que se pueden manifestar dichos movimientos³⁶⁶. Por otro lado, existen normas que, si bien utilizan una expresión determinada bajo el cual las subsumen, limitan, sin embargo, su ámbito de aplicación³⁶⁷.

Esta indeterminación también se detecta en la jurisprudencia. De hecho, lo habitual es que las resoluciones judiciales reproduzcan las mismas expresiones o fórmulas que se emplean en la normativa que les sirve de fundamento. Algo, por otro lado, lógico.

Todo lo referido se acentúa aún más si examinamos las distintas manifestaciones de esta figura desde la perspectiva del Derecho comparado³⁶⁸.

Todas estas circunstancias, junto con la aparición progresiva de nuevas prácticas de prestación temporal de servicios en el extranjero y el aumento de las ya existentes, no sólo dificultan la obtención de un concepto unívoco, sino que evidencian la necesidad de configurar un régimen jurídico adecuado a las mismas. Con ello se conseguiría evitar la aplicación de disposiciones impropias a estos supuestos de trabajo temporal en el extranjero y clarificar las reglas correspondientes a cada situación; adecuando, así, el ordenamiento jurídico a la evolución de las relaciones laborales.

³⁶⁴ No obstante, atendiendo a los datos ofrecidos por Eurobarometer 337, *Geographical and labour market mobility*, Noviembre-Diciembre 2009, continúa siendo superior la movilidad entre los empleados con mayor nivel de formación.

³⁶⁵ S. Del Rey Guanter (dir.) *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 770.

³⁶⁶ Véase por ejemplo, el trabajo de los cooperantes, entendido como el que llevan a cabo las personas físicas que participan en la ejecución sobre el terreno de un determinado instrumento de cooperación internacional para el desarrollo o de ayuda humanitaria en cualquiera de sus fases, en un país o territorio beneficiario de la política de ayuda al desarrollo, como parte de la acción exterior del Estado y bajo una relación jurídica con una persona o entidad promotora de la cooperación para el desarrollo o la acción humanitaria [Artículo 2.1 del RD 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los Cooperantes (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2006)]. Se escoge este ejemplo por tratarse de un texto normativo que contiene una regulación material del régimen jurídico de trabajo prestado temporalmente en el extranjero.

³⁶⁷ La Directiva 96/71/CE supone el caso más significativo.

³⁶⁸ Sirvan de ejemplo las siguientes expresiones: *détachement*, *expatriation*, *mise en disposition internationale* (Derecho francés), *distacco* (Derecho italiano), *transnational provision*, *transnational mobility*, (Derecho inglés).

En otro orden de cosas, debemos señalar también que son muchas las situaciones que surgen al combinarse las variables *trabajo* y *desplazamiento*. Así, si centramos nuestra atención en la duración del desplazamiento, encontramos movimientos temporales y definitivos; si atendemos al lugar de destino –teniendo presente que todos van a desarrollarse en otro Estado- observamos movimientos dentro de la UE y movimientos extracomunitarios; dependiendo de la frecuencia de la movilidad, serán desplazamientos únicos o sucesivos. Además, en relación con la causa de la movilidad, ésta puede venir determinada por el cumplimiento de una cláusula contractual, por voluntad conciliada de las partes o por la modificación del contrato de trabajo.

Se pone de manifiesto así que son múltiples las situaciones que dotan de contenido la movilidad geográfica de trabajadores y, aunque resulta claro que las prestaciones de servicios transnacionales quedan enmarcadas en esa realidad versátil, debemos tener presente que estamos ante una figura con ciertas particularidades que, como vamos a ver, la diferencian de otros supuestos de movilidad internacional.

2. RASGOS DIFERENCIADORES DE LA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL

No toda alteración temporal del lugar de trabajo, en virtud de la cual un trabajador presta temporalmente servicios para su empresa en un país distinto, deviene en una prestación de servicios transnacional. Así lo establece la Directiva 96/71/CE, encargada de regular esta figura³⁶⁹.

En efecto, son muchas las situaciones que pueden producirse al combinar los factores *trabajo* y *desplazamiento* con elementos de tiempo, lugar u objeto. Es cierto, no obstante, que la mayoría de supuestos susceptibles de ser enmarcados en la figura de la movilidad *en* el empleo suelen tener en común varios elementos: existencia de una relación laboral, dos o más empresas, al menos dos Estados distintos -un Estado de partida y otro/s de destino-, o la oportunidad de mejora o crecimiento profesional, entre otros aspectos. Sin embargo, las prestaciones de servicio transnacionales van más allá, pues, como vamos a ver a continuación, se trata de una figura con entidad propia y cuyo perfil resulta perfectamente delimitado y muy preciso.

2.1 DESPLAZAMIENTOS INCLUIDOS VS DESPLAZAMIENTOS EXCLUIDOS.

Tomando como base la premisa con la que iniciábamos este tercer apartado, la norma europea establece de una manera taxativa los supuestos en los que su protección entrará

³⁶⁹ Artículo 1.1 de la Directiva 96/71/CE.

en juego³⁷⁰. En este sentido, la Directiva será de aplicación siempre que, durante el período de desplazamiento, exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador y aquel desplazamiento:

- se produzca por cuenta de la empresa y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre ella y el destinatario de la prestación de servicios;
- tenga lugar a otro centro de trabajo o empresa perteneciente al mismo grupo empresarial;
- o bien, venga originado por una ETT, y tenga como destino una empresa usuaria.

Ya tuvimos ocasión de analizar cada uno de estos supuestos en el capítulo anterior, al hilo de la transformación del sistema de organización productiva y su influencia en la movilidad internacional de trabajadores³⁷¹. Por ello y para no resultar reiterativos, remitimos al lector a esa parte del estudio.

Asentados los tres supuestos contemplados en la norma puede observarse que para hablar de desplazamiento en el contexto que aquí interesa es preciso que concurren tres elementos: existencia de una relación laboral, movimiento transnacional del trabajador en el ámbito europeo -en las condiciones indicadas- y temporalidad del desplazamiento.

Analicemos pues estos caracteres (salvo el elemento temporal, al que dedicaremos un apartado propio) que resultan en la mayoría de ocasiones comunes a las distintas figuras enmarcadas en la movilidad *en* el empleo.

a) La existencia del vínculo contractual laboral entre el trabajador desplazado y la empresa que lo desplaza ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina en numerosas ocasiones³⁷². En efecto, existe una extensa literatura en torno al debate sobre si dicha relación debe existir con anterioridad al desplazamiento o si es posible una contratación *ad hoc*, siendo variadas las posturas al respecto.

Para un sector doctrinal, la relación laboral debe existir con anterioridad al desplazamiento toda vez que la Directiva parece partir del mismo planteamiento al definir al trabajador desplazado como aquel que temporalmente presta sus servicios en territorio distinto a aquel en el que “trabaja habitualmente”³⁷³. Este sector entiende que

³⁷⁰ Artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE.

³⁷¹ Véase *supra* los epígrafe 4 del Capítulo I del presente trabajo.

³⁷² Entre otros, B. Gutiérrez-Solar Calvo, *Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios*, Actualidad Laboral, Núm. 1, 2000, p. 17; P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 158 a 163; o J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., pp. 23 y 24.

³⁷³ Artículo 2.1 de la Directiva 96/71/CE.

En este sentido, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 152-158; y R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo relativas al tiempo*

la celebración del contrato no sólo debe ser anterior al desplazamiento, sino que además, esa antelación debe ser tal que pueda apreciarse claramente que la prestación en el Estado de destino (desplazamiento) se realiza de manera puntual³⁷⁴.

Pero ¿qué ocurre si el trabajador es contratado por la empresa precisamente con motivo del desplazamiento al extranjero? Entonces parece que no estaríamos ante un trabajador que normalmente trabaja para la empresa y que es enviado en misión, sino ante un trabajador que es contratado para la misión y probablemente sólo para ésta. Esta es la premisa de la que parece partir otro sector doctrinal que entiende que la terminología empleada por la Directiva 96/71/CE debe interpretarse en sentido amplio permitiendo la contratación *ad hoc*³⁷⁵. Gárate Castro introduce una matización en este sentido para el caso concreto de las ETTs. Entiende este jurista que la exigencia del carácter previo de la contratación resulta difícilmente encajable en estos supuestos concretos donde lo normal es que la celebración del contrato sea coincidente con la cesión del trabajador³⁷⁶.

En ese mismo sentido se pronunció el TJCE en el asunto *Van der Vecht*³⁷⁷ al señalar que resultaba irrelevante que el trabajador no hubiera sido ocupado previamente por la empresa que le encomendaba la misión o que los trabajos ejecutados en la misión fueran distintos de los que normalmente se realizaban en la empresa. Lo decisivo, entendió el Tribunal es que exista un vínculo orgánico entre la empresa que desplaza y el trabajador desplazado y que el mismo de mantenga durante el desplazamiento³⁷⁸.

Puesto que sobre este aspecto hemos de volver más adelante no agotaremos aquí toda la materia.

La Directiva, por otro lado, recoge de manera expresa que dicha relación contractual ha de tener carácter laboral, aunque, como critica Menéndez Sebastián, no defina qué se entiende por “trabajo asalariado” a estos efectos y se limite a remitir a la legislación del Estado de acogida. En consecuencia, sería posible que el desplazado tenga la condición de trabajador titular de una relación laboral conforme a la legislación del Estado de origen (donde está establecida la empresa que le desplaza) y que carezca de ella de acuerdo con la del Estado de destino (donde va a llevar a cabo su labor). Hemos de entender, por tanto, que la norma europea se aplicará en la medida en que la actividad

de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador, cit., p. 75.

³⁷⁴ J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 23.

³⁷⁵ Defienden esta postura, entre otros: B. Gutiérrez-Solar Calvo, *Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios*, Actualidad Laboral, Núm. 1, 2000, p.20.

³⁷⁶ J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 23.

³⁷⁷ STJUE de 5 de diciembre de 1967, *Van der Vecht* (asunto C-19/67, RJ 1967 00445).

³⁷⁸ *Idem*, p. 349 [apdo. 1.b), párrafo 5º] y Sentencia de 10 de febrero de 2000, *Fitzwilliam Executive Search* (asunto C-202/97, RJ 2000 I-00883), apdo. 24.

para cuya ejecución ha sido desplazado el trabajador merezca la consideración de “laboral” conforme a la normativa del Estado de destino³⁷⁹.

b) El segundo de los requisitos que han de concurrir para poder hablar de desplazamiento en el marco de una prestación transnacional es que el mismo se produzca desde y hacia un Estado miembro. En ese sentido se pronuncia la Directiva al señalar, en primer lugar, que la empresa que desplaza ha de estar establecida en un Estado miembro (artículo 1.1). Pero, ¿qué requisitos debe cumplir la empresa para entenderla como efectivamente “establecida” en el Estado desde el que se origina el desplazamiento? El TJUE se pronunció sobre esta misma cuestión en el asunto *Plum*³⁸⁰. El Sr. Plum era un ciudadano alemán que tenía dos empresas en su país dedicadas a la construcción y que sufrían una fuerte competencia de las empresas holandesas con costes sociales más bajos. Por este motivo, el Sr. Plum creó una empresa en Holanda (donde instaló una pequeña oficina con mínima actividad administrativa) que, con trabajadores locales, realizaba ejecuciones de obra en Alemania para las propias empresas del Sr. Plum, pero con costes sociales más bajos. Ante estas circunstancias, la Seguridad Social alemana exigió las cotizaciones de los trabajadores desplazados. El Tribunal declaró que una empresa de construcción establecida en un Estado miembro que envía a sus trabajadores al territorio de otro Estado miembro, en el que dicha empresa ejerce todas sus actividades, excepto la gestión meramente interna, no está establecida en el primer Estado³⁸¹. Es decir, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza real de las actividades desarrolladas por la empresa en el Estado de establecimiento para considerar válido el establecimiento a efectos de la Directiva 96/71/CE.

Lo que podríamos denominar “parte b” de este requisito no merece mayor literatura que la propia de la conclusión obvia: todo desplazamiento temporal al territorio de un Estado que no sea miembro de la UE o que no pertenezca alEEE realizados por empresas establecidas en la UE quedarán fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva, entrando en juego las leyes que resulten de aplicación conforme a los tratados internacionales o acuerdos que el Estado de origen mantenga con el de destino. Sin olvidar, por otro lado, que las empresas establecidas en terceros Estados no deben obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en Estados miembros³⁸².

Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

c) Como apuntamos *supra*, el requisito de la temporalidad tiene una especial importancia en este tipo de desplazamientos hasta el punto de constituirse en la esencia de las

³⁷⁹ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 154.

³⁸⁰ Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Plum* (asunto C-404/98, RJ 2000 I-09379).

³⁸¹ *Idem*, apdos. 16, 17, 21 y 22.

³⁸² Tal y como establece el artículo 1.4 Directiva 96/71/CE. En este sentido, F. de Vicente Pachés, *Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 27, Febrero 2000, p. 242.

prestaciones de servicios transnacionales. Precisamente por esto, le dedicamos un apartado propio.

2.1.1 Exclusiones expresas de la Directiva europea

Hay supuestos que, encajando en alguna de las opciones enumeradas, quedan excluidos expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva europea. La propia norma habilita a ello, al menos parcialmente, cuando en el artículo 3.2 excluye el cumplimiento de determinadas condiciones de trabajo en los desplazamientos que tengan un determinado objeto o cuya duración no supere unos límites temporales concretos.

Tal es el caso en primer lugar del *desplazamiento de trabajadores cualificados para realizar trabajos de montaje inicial o de primera instalación* que resulten indispensables para la puesta en funcionamiento de un bien suministrado. En efecto, para este supuesto la norma permite que las previsiones relativas a la duración de las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario mínimo no sean de aplicación³⁸³. Para ello han de cumplirse dos condicionantes: que el desplazamiento no tenga como objeto actividades relacionadas con la construcción³⁸⁴ y que su duración no sea superior a los ocho días³⁸⁵.

Tras la lectura del precepto es posible pensar que la brevedad de estos supuestos -criterio del que se sirve la Directiva para amparar la exclusión de condiciones- no es justificación suficiente para que el trabajador desplazado perciba, durante su desplazamiento, un salario inferior al garantizado para el resto de trabajadores de la

³⁸³ Artículo 3.1 Directiva 96/71/CE: “Los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo 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 refieran a las actividades contempladas en el Anexo: [...]

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”.

³⁸⁴ El Anexo de la directiva detalla las actividades que no permiten excluir su aplicación. Se trata de actividades relacionadas con la realización, restauración, mantenimiento, modificación o eliminación de construcciones y, en particular, las obras siguientes: excavación, nivelación, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento o equipamiento, transformación, renovación, reparación, desmantelamiento, derribo, conservación, mantenimiento (obras de pintura y limpieza) y saneamiento.

Nos resulta, cuanto menos, curioso que el legislador haya querido manifestar esa enumeración detallada, puesto que no parece que haya actividad de la construcción alguna que pueda quedar fuera de ese listado.

³⁸⁵ Artículo 3.2 Directiva 96/71/CE.

Para el cálculo de esa duración el artículo 3.6 de la propia Directiva establece que se tomará como período de referencia un año desde el inicio del desplazamiento; y en él habrá de computarse, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido.

empresa de destino³⁸⁶, o para que el tiempo del desplazamiento no compute a efectos de la duración de las vacaciones anuales retribuidas. Lo que resulta más llamativo aún cuando se aprecia que la norma europea sí tiene esta consideración para los trabajadores de la construcción³⁸⁷.

En relación a esta materia compartimos la opinión de la doctrina, según la cual puede resultar conveniente tal limitación en el supuesto del desplazamiento de un trabajador en el marco de operaciones de contrata y subcontratas transnacionales de obras y servicios, por cuanto que el trabajador involucrado en la prestación de servicios no accede, por regla general, a las condiciones de productividad de la empresa de destino³⁸⁸.

Dada la propia configuración de la contrata –en la que la prestación de servicios es organizada de manera autónoma por la empresa contratista-, la aplicación de las condiciones laborales más favorables del país de destino puede disuadir a las empresas contratistas de prestar el servicio al ser posible que no se corresponda la imposición de un salario superior con la productividad que ese trabajo proporciona; lo que podría traducirse en mayores costes para unas empresas que para otras y, por ende, en una competencia desleal entre empresas³⁸⁹.

Este sector doctrinal justifica que no ocurriría lo mismo en el caso del desplazamiento de un trabajador a otro establecimiento de la misma empresa o a otra empresa del mismo grupo, así como en la puesta a disposición transnacional por parte de ETTs, puesto que en estos tres casos el trabajador desplazado sí se integra en la estructura organizativa del establecimiento de destino; lo que se traduce en el acceso a las mismas condiciones de productividad que los trabajadores locales y, en definitiva, en igualdad de costes empresariales.

En segundo lugar, la Directiva 96/71/CE permite, para *desplazamientos inferiores a un mes* de duración, que los Estados miembros puedan excluir directamente o mediante convenio colectivo la aplicación de las cuantías de salario mínimo³⁹⁰, siempre que dichos desplazamientos no se produzcan a través de ETTs. Reiteramos aquí la postura mantenida sobre esta cuestión en el primero de los supuestos (excluyendo del razonamiento a las ETTs por razones obvias).

³⁸⁶ De hecho, la Directiva 96/71/CE recoge este planteamiento en su considerando 14: “Considerando que el proveedor de servicios deberá observar un «núcleo duro» de disposiciones de protección, claramente definidas, independientemente de la duración del desplazamiento del trabajador”. Lo curioso es que en los dos siguientes considerandos introduce matizaciones.

³⁸⁷ Véase el párrafo segundo del artículo 3.2 Directiva 96/71/CE.

³⁸⁸ En detalle, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., pp. 63 y 80.

³⁸⁹ Aunque abordaremos esta cuestión en el tercer capítulo adelantamos aquí el marcado carácter económico de la Directiva 96/71/CE, pues la misma trata de evitar que la desigualdad de condiciones de trabajo, dadas las disparidades entre las legislaciones laborales de los Estados miembros, ocasione perjuicios a la libre competencia entre las empresas prestadoras de servicios. Véase *infra* ____

³⁹⁰ Artículo 3.3 y 3.4 Directiva 96/71/CE.

El último supuesto para el que esta norma europea permite una exclusión de condiciones resulta, a nuestro parecer, bastante ambiguo por cuanto la Directiva ofrece la posibilidad de no aplicar ciertas previsiones (en concreto, las relativas a la duración de las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario mínimo) cuando el trabajador desplazado vaya a llevar a cabo *trabajos de escasa importancia*³⁹¹, y siempre que el desplazamiento no se produzca mediante ETTs.

Llama clamorosamente la atención la ausencia de una definición precisa que permita saber a qué se está haciendo referencia con esa expresión. En su lugar, la norma impone a aquellos Estados miembros que quieran hacer uso de esta facultad la obligación de definir qué se entiende por “trabajo de escasa importancia”; lo que a la postre permitirá que un mismo trabajo pueda resultar de escasa importancia en un Estado y no en otro. En definitiva, que pueda producirse una diferencia de trato entre trabajadores desplazados, lo que choca con el espíritu de la Directiva³⁹².

Sirva una vez más la postura mantenida al respecto en los supuestos anteriores.

2.2 EL CONCEPTO DE TRABAJADOR DESPLAZADO

Resulta indubitado que en el derecho de la Unión el concepto de trabajador no es unívoco. Así, aunque el TFUE utilice indistintamente este término en los artículos 45 (libre circulación de trabajadores), 48 (seguridad social), 151 (política social) ó 157 (igualdad de género), resulta necesario acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia para determinar su contenido en cada ámbito³⁹³.

Esa polisemia es contemplada por el Parlamento Europeo como causa directa de las dificultades que presenta la aplicación de la Directiva 96/71/CE³⁹⁴. De ahí que la Comisión haya incidido en la necesidad de establecer un concepto comunitario o una cierta armonización de las nociones existentes a nivel nacional³⁹⁵.

³⁹¹ Artículo 3.5 Directiva 96/71/CE.

³⁹² Como señala M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo*, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Vol. II, Núm. 100, 2009, p. 521, aunque no estamos ante una directiva “social” sino “económica” y su finalidad primordial sea la de asegurar la libertad de prestación de servicios eliminando obstáculos y evitar distorsiones en la competencia, también defiende los derechos e intereses de los trabajadores desplazados asegurándoles en el Estado de acogida una tutela de mínimos.

³⁹³ STJCE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala* (asunto C-85/96, RJ 1998 I-02691), apdo. 31.

³⁹⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 26 Octubre 2006, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)), apdo. 2.

³⁹⁵ Véase Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* [COM (2006) 708 final- No publicado en DOUE], p. 16, apdo. e). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52006DC0708>

Con anterioridad a la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, la caracterización de los elementos definitorios de la noción de trabajador desplazado no había sido objeto de elaboración jurisprudencial. El amplio abanico de interpretaciones de este término en el marco del artículo 45 del TFUE evidencia la ausencia de una noción consolidada de trabajador desplazado en las etapas más tempranas del derecho comunitario³⁹⁶. Sólo el afianzamiento del artículo 56 del TFUE como libertad comunitaria llamada a tutelar el desplazamiento de trabajadores permitió establecer posteriormente sus lindes conceptuales³⁹⁷.

Nos encontramos por tanto ante una categoría laboral surgida tras la regulación del comercio de servicios y que precisa de una delimitación y caracterización propia.

2.2.1 Orígenes

En efecto, en las primeras etapas del derecho comunitario el concepto de trabajador desplazado no existía como tal. En su lugar era la figura del trabajador migrante, caracterizada por su amplitud, la que permitía amparar a cualquier nacional de un Estado miembro que de modo fehaciente y genuino realizase actividades laborales en otro Estado miembro³⁹⁸. Este concepto de trabajador permitía integrar en su seno el concepto de trabajador desplazado sin ocasionar ninguna fractura jurídica. En efecto, se obtenía una noción que, sin separarse del contenido esencial del artículo 45 TFUE, permitía impulsar los objetivos del artículo 56 TFUE sobre libre prestación de servicios. La clave de esta interpretación se situaba en que “la presencia de trabajadores en el territorio del Estado destinatario de los servicios resulta necesaria para el eficaz desenvolvimiento de la prestación de servicios”³⁹⁹. Este planteamiento concordaba con los antecedentes judiciales existentes, ya que el Tribunal siempre se había negado a construir el concepto de trabajador de forma restrictiva⁴⁰⁰. Además, señala Llobera Vila “las características de

³⁹⁶ El Abogado General Van Gerven describió, en las conclusiones presentadas en el asunto *Rush Portuguesa*, cit., las interpretaciones otorgadas a esta noción; lo que ha permitido conocer el estado de esta cuestión en el derecho del Unión Europea con anterioridad a la implantación del principio de remoción de obstáculos en esta área: “El Tribunal ha establecido de modo reiterado que el concepto de trabajador es muy amplio y que incluye cualquier nacional de un Estado miembro que de modo fehaciente y genuino realice actividades laborales en otro Estado Miembro. En ese sentido, resulta irrelevante que el trabajo se desarrolle al servicio de una empresa que realice sus actividades en otro país o al servicio de una empresa establecida en el Estado Miembro en el que se desarrolle dicho trabajo” (apdo. 14).

Véanse los apdos. 14 a 18 de las Conclusiones del abogado general Sr. Walter Van Gerven presentadas el 7 de marzo de 1990.

³⁹⁷ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 120.

³⁹⁸ Véase por ejemplo, la STJUE de 3 de junio de 1986, *Kempf* (asunto 139/85, RJ 1986 01741), apdos. 8 a 14, con remisión a la STJUE de 23 de marzo de 1982, *Levin* (asunto 53/81, RJ 1982, I-1035).

³⁹⁹ Opinión del abogado general Sr. Walter Van Gerven (Conclusiones del asunto *Rush Portuguesa*, cit., apdo. 17).

⁴⁰⁰ STJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (asunto 41/74, RJ 1974 00529), apdo. 18; STJUE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore* (asunto 67/74, RJ 1975 00137), apdo. 6; STJUE de 9 de noviembre de

las actividades laborales desarrolladas por los trabajadores desplazados comunitarios en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado no se apartaban de los requisitos exigidos por el Tribunal en su jurisprudencia de desarrollo del artículo 45 TFUE⁴⁰¹.

No será hasta la sentencia *Finalarte* cuando se produzca la rotura respecto a la figura del trabajador migrante. Desde este momento, el TJUE otorga plena carta de naturaleza a esta forma de movilidad intracomunitaria al establecer que los desplazados comunitarios no debían ser considerados como “trabajadores” en el sentido del artículo 45 TFUE⁴⁰². Resulta curioso el hecho de que a esta exclusión de los desplazados comunitarios del ámbito del artículo 45 TFUE le siguiera la consideración de la dimensión económica de las libertades comunitarias como valor jurídico primario.

En efecto, en el asunto *Finalarte* el Tribunal de Justicia también reconoció a los Estados la posibilidad de aplicar su legislación laboral a los trabajadores desplazados con idea de alcanzar así un cierto equilibrio entre la libertad económica de los prestadores de servicios y la protección de los mercados laborales locales frente a la introducción de mano de obra desplazada. Sin embargo, esta posibilidad suponía generalmente un mayor coste salarial para la empresa, lo que hacía que perdiera sentido “importar” trabajadores desde otro país. Los pronunciamientos del TJUE en los asuntos *Laval*⁴⁰³ y *Rüffert*⁴⁰⁴ definirían los términos en los que la mano de obra desplazada quedaría insertada en el marco de la libre competencia comunitaria (fundamentalmente, en relación al aprovechamiento de costes salariales inferiores). Desde este momento, la neutralización del derecho laboral del país de destino será posible sólo respecto de aquellas condiciones laborales no contempladas en la Directiva 96/71/CE. Estas sentencias vinieron a destacar la dimensión económica de las libertades comunitarias otorgándoles un valor jurídico primario⁴⁰⁵.

El proceso jurisprudencial de deconstrucción laboral de la noción de desplazado culmina con la codificación de un “núcleo duro de condiciones” en la Directiva 96/71/CE, que en adelante sujetaría esta materia a los principios ordenadores del artículo 56 TFUE, dando así continuidad a la exclusión del artículo 45 TFUE establecida por la doctrina *Finalarte*.

2000, *Yiandom* (asunto C-357/98, RJ 2000 I-09265), apdo. 24; y STJUE de 3 de junio de 1986, *Kempf*, cit. (apdo. 13).

⁴⁰¹ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 121.

⁴⁰² Sentencia de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, cit., apdos. 19 y 21-23.

⁴⁰³ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval* (asunto C-341/05, RJ 2007 I-11767).

⁴⁰⁴ Sentencia de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06, RJ 2008 I-01989).

⁴⁰⁵ En ambos casos el TJCE entendió que no se justificaba la restricción a la libertad de prestación de servicios porque la acción de los sindicatos tenía por objeto imponer normas sociales más amplias que las normas incluidas en el núcleo de la Directiva 96/71/CE: “El Estado miembro de acogida no puede supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al respeto de condiciones de trabajo y empleo más exigentes, ya que la Directiva prevé de manera explícita el nivel de protección que se debe aplicar en caso de desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones temporales de servicios. Tal posibilidad equivaldría a privar la Directiva de su eficacia” (apdo. 33 sentencia *Rüffert* y apdo. 80 sentencia *Laval*).

De esta manera, los trabajadores desplazados abandonaban el espacio jurídico de los instrumentos sociales para pasar a formar parte de la regulación del comercio de servicios, quedando insertos en una categoría jurídica sin soporte en el Tratado sobre el que sustentar su propia protección laboral⁴⁰⁶.

Este proceso de desmembración del concepto de trabajador desplazado no sólo permitió excluir en este ámbito la protección jurídica del Tratado asociada a la libre circulación de trabajadores, también significó desprenderse del estatuto jurídico internacional del trabajador migrante⁴⁰⁷ y del amplio bagaje jurídico para la protección de los trabajadores migrantes desarrollado por los Convenios de la OIT.

2.2.2. El trabajador desplazado en los instrumentos internacionales. Los criterios de acceso al mercado, regreso al país de origen y paridad de trato

El análisis conjunto de la normativa comunitaria e internacional en materia de desplazamiento de trabajadores resulta particularmente revelador en este campo, pues arroja luz sobre algunos de los aspectos relacionados con esta figura⁴⁰⁸.

La OMC recoge en su Acuerdo General de Comercio relativo a los Servicios⁴⁰⁹ (en adelante, AGCS) una distinción entre el trabajador emigrante y el trabajador desplazado⁴¹⁰ basada en el criterio de *acceso al mercado*. En este sentido, se considera trabajador emigrante a toda aquella persona cuyo desplazamiento tiene como fin acceder al mercado laboral del país al que acude, es decir, para buscar empleo. Mientras que los trabajadores desplazados, como cuestión de principio, no acceden al mercado laboral de

⁴⁰⁶ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 127.

⁴⁰⁷ En particular, en lo concerniente a los derechos de igualdad de trato reconocidos en el marco del Consejo de Europa, esto es, la Carta Social Europea de 18 octubre 1961, la Carta Social Europea modificada de 1996 y el Convenio Europeo sobre el estatus jurídico de los trabajadores de migrantes de 1977, así como a los contenidos socio-laborales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.

⁴⁰⁸ Nuevamente, M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 132.

⁴⁰⁹ Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994). DOUE L 336, de 23 de diciembre de 1994.

Este documento se erige en el primer conjunto de principios y normas convenidos de forma multilateral para regir el comercio internacional de servicios. Todos los miembros de la OMC son signatarios del AGCS. Entró en vigor en enero de 1995.

⁴¹⁰ Los párrafos 1 y 2 del Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo, al establecer su ámbito de aplicación, diferencian entre trabajadores emigrantes y trabajadores desplazados, excluyendo a la primera categoría de sus previsiones:

“El presente Anexo se aplica a las medidas que afecten a personas físicas que sean proveedoras de servicios de un Miembro, y a personas físicas de un Miembro que estén empleadas por un proveedor de servicios de un Miembro, en relación con el suministro de un servicio. El Acuerdo no será aplicable a las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Miembro ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente”.

los países de destino⁴¹¹. Esto es, el trabajador desplazado ya forma parte de un mercado laboral. Su desplazamiento no persigue el encuentro de empleo (puesto que ya lo tiene), de hecho ni siquiera suele ser el propio trabajador quien decide el desplazamiento.

Puede observarse como el acuerdo AGCS excluye la emigración de su ámbito aplicativo sirviéndose del mismo criterio que utiliza la jurisprudencia comunitaria para detraer el desplazamiento transnacional del ámbito de la libre circulación de trabajadores⁴¹².

En ese sentido, resulta coherente el planteamiento de que tales empresas cuando introducen su personal en otro Estado no pretenden su integración en el mercado laboral del lugar, pues, como cuestión de base, las condiciones de movilidad están sujetas a las necesidades productivas, no a las del emigrante⁴¹³. Así, el elemento diferencial respecto de la emigración típica estriba en que la voluntad individual de emigrar se sustituye por la iniciativa empresarial de desplazar.

Lo que no resulta coherente, desde la perspectiva laboral, es que las necesidades de protección de los desplazados no difieren sustancialmente de las exigidas para la emigración típica y, sin embargo, estos trabajadores no quedan amparados por ellas, como acabamos de ver.

Otro aspecto fundamental a considerar es la cuestión del *retorno de los trabajadores desplazados*, presupuesto fáctico del asunto *Rush Portuguesa* y que se incorpora en la jurisprudencia como elemento de la propia noción de desplazamiento, incluso en aquellos casos en los que se produce una contratación expresa para el desplazamiento y en la que no hay necesariamente un puesto trabajo en el país de origen al que volver⁴¹⁴.

Resulta especialmente interesante en este sentido que tanto la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990⁴¹⁵, como las disposiciones complementarias del Convenio de la OIT

⁴¹¹ STJCE 21 octubre 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit. (apdo. 38); STJCE de 19 enero 2006, *Comisión/Alemania*, cit. (apdo. 18); y STJCE de 21 de septiembre de 2006, *Comisión/Austria*, cit. (apdo. 55).

⁴¹² Sentencia de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, cit., apdo. 22: “el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es enviado temporalmente a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado, ya que vuelve a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión”.

⁴¹³ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, “A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en M. E. Casas Baamonde y S. Del Rey Guanter (dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, cit., p. 352.

⁴¹⁴ STJUE de 21 de septiembre de 2006, *Comisión/Austria*, cit..

La doctrina apunta a la “tendencia al retorno” como un elemento definitorio que distingue el desplazamiento de la emigración clásica, véase al respecto: M. Llobera Vila citando a G. Palao Moreno, *La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal*, Cuadernos de derecho judicial, Núm. 9, 2001, p. 553.

⁴¹⁵ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 julio 2003. Su artículo 2 recoge un amplio abanico de formas de emigración en el empleo en los siguientes términos: “A los efectos de la presente Convención: [...] f) Se entenderá por “trabajador

nº 143 sobre los trabajadores migrantes de 1975⁴¹⁶, cuando regulan en su texto una institución análoga al desplazamiento de trabajadores incluyen este elemento en sus respectivas definiciones. La diferencia entre ambos textos radica en el principio de paridad de trato. Mientras que el principio contenido en la Convención de Naciones Unidas se aplica a todo su ámbito subjetivo de forma incondicionada. Los trabajadores migrantes quedan excluidos de su aplicación en el Convenio de la OIT nº 143⁴¹⁷.

En el caso de desplazados de nacionalidad comunitaria la obligación de volver al país de origen no puede, sin embargo, ni presuponerse, ni lógicamente imponerse desde el momento en que el derecho de la Unión no prohíbe a tales trabajadores la búsqueda de empleo en el país al que han sido desplazados. Si bien, mientras dura el desplazamiento tales trabajadores ejercen, desde la perspectiva jurisprudencial, su libertad de circulación, esto no impide que puedan ejercerla una vez concluida la prestación o incluso antes de concluir, pues el derecho de la Unión no sólo no prohíbe sino que garantiza el derecho

vinculado a un proyecto” todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador; g) Se entenderá por “trabajador con empleo concreto” todo trabajador migratorio: i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve; y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia”.

Texto disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

Resulta curioso que este Convenio ha sido objeto de ratificación por parte de treinta y cinco países, entre los que no se encuentra ningún país comunitario. El CESE ha señalado al respecto “que los Gobiernos europeos deberían reconsiderar la ratificación de la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores inmigrantes y de sus familiares, que entró en vigor en julio de 2003 y que define los derechos de los inmigrantes temporales; por ejemplo, de los trabajadores con empleo concreto. Incluso en el caso de que no se ratifique, la Convención debería usarse como guía, ya que constituye una serie de estándares reconocidos internacionalmente” [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo nº 695/2005 sobre el AGCS - negociaciones sobre el modo 4 movimiento de personas físicas, de 8 de junio de 2005, REX/140 (parágrafo 6.7)].

Disponible en: <https://dm.eesc.europa.eu/EESCDocumentSearch/Pages/redresults.aspx?k=695%2F2005>

⁴¹⁶ Adoptado en Ginebra el 24 de junio de 1975 y ratificado por cuatro países europeos (Portugal en 1978, Italia en 1981, Suecia en 1982 y Eslovenia en 1992). Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312288:NO

En el artículo 11.2 se refiere a “las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que estén obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”.

Según el criterio del TJUE, el cumplimiento de las condiciones establecidas por la OIT no es por si mismo un motivo suficiente para no cumplir el artículo 56 TFUE, de modo que los convenios de la OIT no sirven de escudo jurídico frente a la primacía del derecho comunitario y la libre prestación de servicios, que tiene efecto directo y debe «aplicarse incondicionalmente». Véase por todas, STJCE de 18 de enero 1979, *Wesemael* (asuntos acumulados 110 y 111/78, RJ 1979/00031), apdos. 34 a 37.

⁴¹⁷ Véase al respecto el artículo 11.2 e). No obstante, hay que aclarar que para que dicha exclusión resulte aplicable, tales trabajadores deben abandonar el país al término de sus trabajos o funciones. Véase, M. Rodríguez-Piñero Royo, *El desplazamiento temporal de trabajadores y la directiva 96/71/CE*, cit., p. 1.

a acceder al empleo, es decir, al mercado laboral del país de destino, de todo trabajador comunitario⁴¹⁸.

Finalmente, por lo que respecta a la garantía de *paridad de trato*, existen particularidades, como ya hemos visto alguna, en el ámbito regulador de la OIT.

En primer lugar, en relación a los desplazamientos realizados por ETTs, el artículo 8 del Convenio n° 181 sobre las agencias de empleo privadas de 1997⁴¹⁹, incluye en la categoría de migrante a los trabajadores colocados en su territorio por agencias de empleo privadas e incluso trabajadores que hayan sido reclutados en un país para trabajar en otro. En puridad, este Convenio no establece la paridad de trato con los trabajadores del país de destino, sino la necesidad de una protección adecuada en materias recogidas en su artículo 11, que coinciden en gran medida con las protegidas por la Directiva 96/71/CE⁴²⁰.

Por su parte, el Convenio de la OIT núm. 94 relativo a las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) de 1949⁴²¹ establece una cláusula muy amplia de paridad de trato en lo referente al desplazamiento de trabajadores destinados a obras ejecutadas por subcontratistas o cesionarios de contratos de la Administración Pública.

Pese a que la doctrina ha instado a interpretar la Directiva 96/71/CE a la luz de este segundo documento, el TJUE no suele acudir a los Convenios de la OIT como fuente de inspiración para la fijación del contenido de los derechos sociales fundamentales, máxime habiendo declarado expresamente que la labor codificadora de la OIT no sirve de escudo jurídico frente a la primacía del derecho de la Unión y que la aplicación del artículo 56 TFUE tiene efecto directo y debe aplicarse incondicionalmente⁴²².

⁴¹⁸ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 138.

⁴¹⁹ Convenio n° 181, de 19 de junio de 1997, sobre las agencias de empleo privadas. Ratificado por España el 2 de septiembre de 1999 (BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1999). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312326:NO

⁴²⁰ En el artículo 11 se establece que todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de: a) libertad sindical; b) negociación colectiva; c) salarios mínimos; d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; e) prestaciones de Seguridad Social obligatorias; f) acceso a la formación; g) seguridad y salud en el trabajo; h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

⁴²¹ Convenio n° 94, de 29 de junio de 1949, sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas). Ratificado por diez países comunitarios [Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y España (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 1972)]. Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312239:NO.

⁴²² En este sentido, véase el apdo. 26 de la STJUE de 18 enero 1979, *Wesemael*, cit., donde el TJUE establece que “el cumplimiento de las condiciones establecidas por la OIT no es por sí mismo un motivo suficiente para no cumplir el artículo 59 TCEE” (actual 56 del TFUE).

En consecuencia, los trabajadores desplazados no pueden considerarse titulares directos de un estatuto antidiscriminatorio. Su “libertad de circulación temporal” está inserta en la protección de los derechos de no discriminación conferidos a sus empresarios por el artículo 56 del Tratado.

2.2.3 El trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional. Elementos conformadores

Con idea de analizar los rasgos que suponen la esencia de esta figura particular de trabajador desplazado tomaremos como referencia los elementos que integran el concepto “clásico” de trabajador desplazado para, a la luz de la evolución experimentada, matizar cada uno de estos aspectos. Y es que la configuración jurídica de esta figura se ha acomodado a las nuevas necesidades del Mercado interior de servicios, lo que se ha traducido en un incremento del atractivo económico de esta forma de movilidad de mano de obra.

a) Carácter habitual del vínculo laboral

La Directiva 96/71/CE define la noción de trabajador desplazado como “todo trabajador que durante un periodo limitado, realiza su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaja habitualmente” (artículo 2.1). De esta redacción se deduce, en efecto, la exigencia de una vinculación. Sin embargo, la misma no se refiere *stricto sensu* a una unión previa con el empresario que instrumenta el desplazamiento⁴²³, como ya tuvimos ocasión de ver⁴²⁴, sino que la habitualidad viene referida al mercado laboral del país de establecimiento de la empresa⁴²⁵.

Con la desaparición de la exigencia de un vínculo habitual con la empresa que efectúa el desplazamiento se logra flexibilizar el acceso a las exenciones ofrecidas por el derecho de la Unión en la aplicación de la legislación del país de origen⁴²⁶, dando así cabida a sectores con mayores índices de temporalidad en los que la ausencia de vínculo previo

⁴²³ De hecho, en la STJUE de 10 de febrero de 2000, *FES*, cit., apdo. 31, el Tribunal rechazó de plano este razonamiento al declarar que el hecho de que un trabajador haya sido contratado para trabajar en el territorio de otro estado, no puede de por sí excluir la aplicación de las previsiones. Esta doctrina, pese a formularse en materia de seguridad social puede extrapolarse aquí por cuanto la materia en discusión concierne igualmente a trabajadores desplazados.

⁴²⁴ Remitimos al lector al epígrafe 2.1 del presente capítulo II.

⁴²⁵ STJUE de 5 de diciembre de 1967, *Van der Vecht*, cit., señala que es irrelevante que el trabajador no haya sido ocupado previamente por la empresa que le encomienda la misión.

⁴²⁶ Nótese que el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L 177, de 4 de julio de 2008) en su artículo 8.2 mantiene el requisito de habitualidad. Esto se produce a los efectos de establecer la ley aplicable al contrato en defecto de elección expresa. En este sentido A. Quiñones Escámez, *Otra lectura de la jurisprudencia del TJUE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)*, Revista de derecho comunitario europeo, Núm. 12, 2002, p. 449.

es más habitual. Tal es el caso de los desplazamientos efectuados por ETTs y por empresas de servicios que contratan personal expresamente para el desplazamiento.

El problema de la verificación del vínculo orgánico se agrava precisamente en esos supuestos. La complicación proviene de que no se trata de un trabajador que es contratado para prestar servicios en la empresa que ordena la misión, sino de un trabajador que se contrata para prestar servicios en el extranjero para una empresa distinta de la que le ha contratado. Mientras que en la misión normal el trabajador sigue prestando servicios para su empresa y bajo su dependencia, en la cesión de trabajadores, que está en la base de la actividad de interposición de la ETT, es la empresa usuaria la que hace suyos los frutos del trabajo y la que ejerce los poderes de dirección sobre la prestación laboral. Desde una perspectiva estricta, ya no estaríamos ante un trabajador que depende normalmente de la empresa que ordena el desplazamiento, sino de un trabajador que ha sido contratado por la ETT para prestar servicios bajo la dependencia de otra empresa y por cuenta de ésta. Es lo que Cruz Villalón ha venido a denominar “dislocación territorial”, por la intervención de un tercer sujeto, que recibe directamente la prestación del trabajador en otro país⁴²⁷.

No debemos olvidar, sin embargo, que al hilo de esta materia, el TJUE señaló que lo relevante es que exista un vínculo orgánico entre la empresa que desplaza y el trabajador desplazado y que el mismo se mantenga durante el desplazamiento⁴²⁸. Lo cual, añade el Tribunal, se deducirá del conjunto de circunstancias por las que el trabajador se halla subordinado a la empresa⁴²⁹. En este sentido, se han determinado como prueba del mantenimiento de ese vínculo orgánico los siguientes aspectos: que sea el empresario que desplaza quién contrata al trabajador, quien abona efectivamente el salario y quien ostenta la facultad de despedir al trabajador desplazado, o el hecho de que la empresa destinataria de los servicios del trabajador sea deudora frente al empresario del mismo y no frente al trabajador desplazado⁴³⁰.

Resulta llamativo el que el TJUE determine que la pregunta sobre la existencia de dicho vínculo debe recibir una respuesta en cada caso concreto, “en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen las relaciones entre las partes”⁴³¹. Pues, de ese modo la corroboración de la existencia o inexistencia de dicho vínculo exigido por la Directiva 96/71/CE hará necesaria, en último término, la vía judicial. Lo que se traduce en una mayor dificultad probatoria en comparación con la vía administrativa, en la que

⁴²⁷ J. Cruz Villalón, “Outsourcing y relaciones laborales”, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 314.

⁴²⁸ Véase *Idem*, p. 349 y Sentencia de 10 de febrero de 2000, *FES*, cit., apdo. 24.

⁴²⁹ STJCE de 5 de diciembre de 1967, *Van der Vecht*, cit., p. 354 (párrafo 4°).

⁴³⁰ STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower* (asunto 35/70, RJ 1970/00317), apdos. 18 y 19.

⁴³¹ STJCE de 13 de enero de 2004, *Allonby* (asunto C-256/01, RJ 2004 I-00873), apdo. 69.

la concurrencia del requisito de habitualidad podría comprobarse de forma casi inmediata mediante la fijación de un periodo determinado de vinculación previa⁴³².

En consecuencia, el requisito de vinculación laboral establecido en esta norma europea constituye un elemento de eficacia relativa toda vez que su concreción dependerá de las circunstancias de cada caso y precisa de la vía judicial para su determinación.

b) Nacionalidad

Para el TJUE la nacionalidad del trabajador desplazado no es una cuestión relevante, siendo así que los aspectos que determinan la aplicación del artículo 56 del TFUE a la prestación laboral que éste desarrolla radican en que su empresario se encuentre establecido en la Unión Europea y que el desplazamiento se produzca a otro Estado miembro distinto de aquel en el que esté establecido su empleador⁴³³, como ya hemos tenido ocasión de ver⁴³⁴.

Esas mismas premisas son las que contempla la Directiva 96/71/CE. Resulta llamativo el hecho de que esta norma europea prescinda de la nacionalidad del trabajador desplazado como elemento relevante para la aplicación del régimen jurídico que la misma prevé. Parte de la doctrina considera que de esta forma la protección legal se hace depender del empresario que desplaza, en cuanto titular de la libertad de prestación de servicios y obligado a garantizar las condiciones de trabajo fijadas en el artículo 3 de la norma, y no del trabajador desplazado⁴³⁵. En este sentido, que el establecimiento del empresario que presta el servicio y el del destinatario de la prestación se encuentren en territorio de la UE o del EEE es condición determinante de la aplicación del régimen legal que aquí analizamos, sin que la nacionalidad del trabajador desplazado impida o limite dicha aplicación.

No obstante, poner el énfasis en el Estado miembro donde se establezca la empresa que desplaza puede no ser la mejor opción.

⁴³² M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 148.

⁴³³ En su Comunicación de 4 de abril de 2006, Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (COM(2006) 159 final), la Comisión concluyó que, sobre la base de la jurisprudencia existente (Véanse, STJUE de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, cit., STJUE de 21 de octubre de 2004, *Comisión / Luxemburgo*, cit., STJUE de 19 de enero de 2006, *Comisión / Alemania*, cit., y STJUE de 21 de septiembre de 2006, *Comisión / Austria*, cit.), el Estado miembro de acogida no está autorizado a exigir requisitos administrativos ni condiciones adicionales a los trabajadores desplazados nacionales de terceros países si éstos están empleados legalmente por un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sin perjuicio del derecho del Estado de acogida de comprobar que dichas condiciones se cumplen en el Estado miembro en el que está establecido el prestador de servicios.

⁴³⁴ Véase el apartado b) del epígrafe 2.1 del presente Capítulo II.

⁴³⁵ Véase, M.E. Casas Bahamonde, S. del Rey Guanter, *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., pp. 14 y ss; G. Esteban de la Rosa y C. Molina Navarrete, *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, cit., pp. 130 y ss; y J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., pp. 29 y ss.

Pensemos en el siguiente supuesto: una empresa italiana contrata a un trabajador en Túnez, a través de una filial situada en este país, y lo desplaza a otra empresa situada en Francia. Tanto la empresa que desplaza como la destinataria de la prestación están establecidas en Estados miembros de la UE, sin embargo, el trabajador ha sido contratado en un tercer Estado, que es donde presta sus servicios habitualmente. La pregunta surge sola: ¿tendría este supuesto cabida en la Directiva 96/71/CE?. La respuesta no es sencilla.

Podríamos dar una respuesta afirmativa si este trabajador desplazado, a pesar de haber sido contratado en Túnez –donde desarrolla habitualmente su trabajo-, ostentase una nacionalidad europea, en tanto que es titular del derecho de libre circulación⁴³⁶.

Sin embargo, la respuesta no resulta tan simple si el trabajador posee la nacionalidad de ese tercer Estado. En este segundo supuesto, y, a pesar de que tanto la empresa que lo contrató como la de destino tienen sede en un Estado miembro, se trata de un trabajador extracomunitario y, por tanto, no amparado por la libertad de circulación europea. En este sentido, el Considerando 20 de la propia Directiva 96/71/CE manifiesta que ésta no afecta a los convenios celebrados por la Comunidad con países terceros⁴³⁷, ni irá en perjuicio de las leyes nacionales relativas a las condiciones para la entrada, la residencia y el acceso al empleo de trabajadores nacionales de países terceros. Por ello, que la nacionalidad del trabajador desplazado no influya a efectos de la aplicación de esta Directiva no significa que ésta tampoco llegue a repercutir en las condiciones bajo las que dicho trabajador puede entrar, permanecer y realizar su trabajo en el Estado de destino.

El TJUE ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la gran dificultad de compatibilizar las exigencias de la libre prestación de servicio con las condiciones particulares de entrada, permanencia y posibilidad de trabajar que rige en el seno de la Unión⁴³⁸. En este sentido ha señalado que el Derecho comunitario no puede servir para defraudar al Derecho nacional⁴³⁹, pero tampoco la aplicación de las legislaciones nacionales puede desconocer o menoscabar los derechos concedidos por los Tratados y

⁴³⁶ Artículo 45.1 del TFUE.

⁴³⁷ Sirvan de ejemplo: el Acuerdo de Asociación **2000/483/CE entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico y la Unión Europea**, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 (DOUE núm. 317, de 15 de diciembre de 2000), vigente hasta el 1 de marzo de 2020 y ratificado por España (BOE núm. 82, de 06 de Abril de 2006). Las Decisiones 2006/356/CE, 2005/690/CE, 2004/635/CE, 2002/357/CE, 2000/384/CE, 2000/204/CE y 98/238/CE, relativas a la celebración del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y, por otra, la República Libanesa, la República Argelina Democrática y Popular, la República Árabe de Egipto, el Reino Hachemí de Jordania, el Estado de Israel, el Reino de Marruecos y la República de Túnez, respectivamente (DOUE L 143, de 30 de mayo de 2006; DOUE L 265, de 10 de octubre de 2005; DOUE L 304, de 30 de septiembre de 2004; DOUE L 129, de 15 de mayo de 2002; DOUE L 147, de 21 de junio de 2000; DOUE L 138, de 9 de junio de 2000 y DOUE L 97, de 30 de marzo de 1998, respectivamente).

⁴³⁸ STJCE de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, cit., STJCE de 21 de octubre de 2004, *Comisión / Luxemburgo*, cit., STJCE de 19 de enero de 2006, *Comisión / Alemania*, cit., y STJCE de 21 de septiembre de 2006, *Comisión / Austria*, cit.

⁴³⁹ STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros* (asunto C-212/97, RJ 1999 I-01459), apdo. 24.

el Derecho derivado o, en su caso, por un Convenio o Acuerdo internacional concluido entre la Comunidad y un tercer Estado⁴⁴⁰.

Se trata ésta de una materia en la que los Estados miembros se muestran reticentes a ceder competencias en favor de una regulación europea y prefieren seguir controlando de manera directa la entrada de extracomunitarios a sus territorios. Por este motivo, la Directiva 96/71/CE parece optar por una postura neutral al incluir en su regulación los desplazamientos temporales de trabajadores de terceros Estados, a los que también parece cubrir la libre prestación de servicios de sus empresarios, pero sin impedir la aplicación de las legislaciones nacionales de inmigración y extranjería.

En opinión de M. E. Casas Baamonde, la solución ofrecida por la Directiva europea no deja de plantear problemas, pues la aplicación de la legislación nacional de inmigración o extranjería del Estado de acogida al prestador de servicios, que desplaza temporalmente trabajadores nacionales de terceros Estados, habiendo cumplido ya en su país de origen las exigencias de su legislación nacional sobre la materia, puede tener un efecto disuasorio sobre la libre prestación de servicios⁴⁴¹.

Estos planteamientos nos llevan a concluir que la nula relevancia de la nacionalidad del trabajador desplazado evidencia la posición de invisibilidad jurídica en la que queda situado, en tanto que sujeto de derecho de la Unión⁴⁴², revelándose una vez más su papel de mero instrumento para la realización de la libre circulación que asiste a su empleador.

2.3 LA TEMPORALIDAD DEL DESPLAZAMIENTO. UN CRITERIO DETERMINANTE

La relevancia de este rasgo queda patente desde el momento en el que se plantea la posibilidad de dedicarle un apartado propio. Y es que este elemento se erige en la verdadera esencia del desplazamiento transnacional en el marco de una prestación de servicios, toda vez que la propia Directiva 96/71/CE define al trabajador desplazado como aquel que, “durante un período limitado”, realiza su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaja habitualmente.

Precisamente, esa mención expresa a una duración limitada del desplazamiento hace que resulte curioso el hecho de que la propia norma no establezca umbrales mínimos ni máximos que acoten dicha temporalidad⁴⁴³; limitándose a establecer un periodo de referencia de un año para el cálculo de los desplazamientos inferiores a ocho días o a un

⁴⁴⁰ SSTJCE de 27 de septiembre de 2001, *Gloszczuk* (asunto C-63/99, RJ 2001 I-06369); *Kondova* (asunto C-235/99, RJ 2001 I-06427); y *Barkoci y Malik* (asunto C-257/99, RJ 2001 I-06557).

⁴⁴¹ En detalle, M.E. Casas Bahamonde y S. del Rey, *Desplazamientos de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., pp. 15 y ss.

⁴⁴² M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., pp. 94 y 95.

⁴⁴³ A excepción del establecimiento de plazos no superiores a ocho días para los trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien (artículo 3.2) y de un mes para poder excepcionar las disposiciones sobre salario mínimo de la Directiva (art 3.3 y 4).

mes⁴⁴⁴. En consecuencia, la Directiva europea conceptúa como temporales los desplazamientos de trabajadores regulados en su seno, manifestando con ello que su duración será la de la obra o servicio para cuya realización se produce el desplazamiento⁴⁴⁵.

Sin embargo, como vamos a ver, cada uno de los tres tipos de desplazamiento recogidos por la Directiva 96/71/CE en el apartado 3º de su artículo 1 responde a una noción diferente de temporalidad.

a) Trabajadores desplazados el marco de un contrato celebrado entre su empresa y el destinatario de la prestación de servicios [artículo 1.3 a)]

La falta de límites temporales preestablecidos en el desplazamiento intracomunitario de trabajadores es una particularidad normativa de la Directiva 96/71/CE que la doctrina ha atribuido a la influencia del artículo 56 del TFUE, cuya configuración jurídica sujeta el desplazamiento a la duración de la prestación empresarial principal⁴⁴⁶. De esta forma, la actividad del trabajador queda subsumida en la de su empresario, que pasa a un primer plano jurídico. En este sentido, la valoración de la temporalidad se sitúa en el ámbito de la actividad empresarial, de modo que el acceso transitorio del empresario al mercado de otro país (miembro) será el factor que determine el carácter temporal del desplazamiento del trabajador. En otras palabras, el carácter temporal de la actividad empresarial contagia de temporalidad el trabajo realizado por el empleado.

Esta es una cuestión particularmente desconcertante para el iuslaboralista, pues supone una quiebra conceptual respecto de la noción laboral de desplazamiento contenida en el ordenamiento español, dónde la superación del límite de doce meses⁴⁴⁷ (en un arco temporal de referencia de tres años) convierte el desplazamiento en un traslado, en atención a la incidencia que la prolongación del desplazamiento puede tener en la vida personal y familiar del trabajador.

En efecto, el artículo 40 del ET utiliza el elemento temporal para deslindar formalmente los institutos del desplazamiento y del traslado como manifestaciones de la movilidad geográfica. En este sentido, el traslado, por oposición al desplazamiento habría de ser definitivo. Sin embargo, sólo lo es de un modo ficticio desde el momento que también son considerados traslados a efectos laborales los supuestos de movilidad geográfica que

⁴⁴⁴ Artículo 3.6 de la Directiva 96/71/CE.

⁴⁴⁵ En este mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, cit., cuando autorizó a las empresas que llevan a cabo prestaciones de servicios en otro Estado miembro a desplazar su propio personal “por el tiempo que duren las obras de que se trata” (véase el fallo de la sentencia).

⁴⁴⁶ M.E. Casas Baamonde, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

⁴⁴⁷ Artículo 40.4 del ET.

superan, sin ser definitivos, los límites temporales legales⁴⁴⁸. En estos casos, se podrían plantear los mismos problemas que vamos a ver a lo largo de este trabajo. De ahí que, independientemente de que aquí se opte por focalizar la atención sobre la figura del desplazamiento, no se ha de excluir la posibilidad de que parte de las cuestiones problemáticas y de las eventuales conclusiones se puedan extrapolar a este tipo de traslados.

Esa dependencia de la actividad empresarial hace que resulte necesario acudir a la noción comunitaria de “servicio” (definida por el TJCE) para establecer los elementos de temporalidad que maneja la Directiva 96/71/CE. El TJCE se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

“El concepto de “servicio” en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio [...]. En efecto, ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado”⁴⁴⁹

Esta circunstancia, que resalta el atractivo económico de esta figura, dificulta la justificación de diferencias en las condiciones de trabajo de los desplazados, respecto de los trabajadores locales, en casos de desplazamientos temporales de varios años. En el caso de nuestro país y en materia de seguridad social, por ejemplo, para evitar que los posibles beneficios reportados por la aplicación de la ley de origen se conviertan en perjuicios en el ámbito laboral (si la norma de origen implica una protección inferior a la conferida por las leyes del país de destino) se ha acordado con ciertos Estados miembros la duración máxima permitida de los desplazamientos de trabajadores españoles, a partir de la cual se exigirá la cotización a sus respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social: 8 años en Alemania y Francia, 7 años en Luxemburgo y 5 años en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia y Reino Unido⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ M. G. Quintero Lima, *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, Núm. 1, p. 182.

⁴⁴⁹ STJCE de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer* (asunto C-215/01, RJ 2003 I-14847), apdos. 30 a 33. La Comisión insiste en la posibilidad de tal duración prolongada en relación a los trabajadores desplazados [Véase el epígrafe 4.4. The temporary nature of the posting –p.15- del documento de trabajo de la Comisión SEC (2006) 439/1, de 4 de abril de 2006, *Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, COM(2006) 159 final].

Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2006/EN/2-2006-439-EN-1-0.Pdf>

⁴⁵⁰ Datos aportados por C. García de Cortázar y Nebreda, *Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas*, La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención, Núm. 3, 2000, p. 14.

En suma, la temporalidad resulta connatural a estos desplazamientos con independencia de su duración. Será la expectativa de retorno al país de origen (aunque pueda prolongarse considerablemente en el tiempo) la responsable de que tal desplazamiento no adquiera nunca el carácter de permanente⁴⁵¹. De esta forma, señala Jiménez Sánchez, la temporalidad no se determina “en función de su *duración* sino de su *durabilidad* prevista o real”⁴⁵².

Precisamente ése es el planteamiento seguido por el legislador comunitario en la Directiva 2014/67/UE. Esta norma recoge unos criterios uniformes que, además de facilitar una interpretación común, ayudan a las autoridades competentes en su labor de control, especialmente en aquellos casos en los que se tengan sospechas fundadas de que un trabajador puede no cumplir los requisitos para considerarse desplazado en el sentido de la Directiva 96/71/CE. En el **capítulo** abordaremos el estudio de esta cuestión por lo que para evitar duplicidades me remito a lo señalado en él⁴⁵³.

b) Trabajadores desplazados dentro de grupos de empresas [artículo 1.3 b)]

El desplazamiento que se produce en este supuesto tiene como destino otro centro de trabajo de la misma empresa u otra empresa perteneciente al mismo grupo situada en otro Estado miembro. En este sentido, al contrario de lo que ocurría en el supuesto anterior, la temporalidad de estos desplazamientos no queda sujeta a la duración de la prestación empresarial, pues en puridad no existe una prestación como tal. Es decir, la actividad de la empresa en el país de acogida no tiene en ningún caso carácter temporal, no existiendo por tanto una temporalidad externa que permita fijar el tiempo del desplazamiento⁴⁵⁴. En efecto, la actividad de la empresa en ese otro Estado queda amparada en la libertad fundamental de establecimiento que le asiste y tendrá en consecuencia un carácter permanente.

Puede que este planteamiento resulte un tanto extraño al lector, ya que la base jurídica de la Directiva 96/71/CE se encuentra exclusivamente en la libre prestación de servicios. Al respecto, Casas Baamonde considera que en este caso la libertad de establecimiento

⁴⁵¹ Tal noción de temporalidad también se incluye en el Considerando núm. 77 de la Directiva 006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376/36, de 27 de diciembre de 2006); y en el Reglamento Roma I, cit., (Considerando 36 y artículo 8.2).

⁴⁵² J.J. Jiménez Sánchez, “Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales”, en *Idem.* (Dir.), *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 20.

⁴⁵³ Véase epígrafe 3.1 del Capítulo del presente trabajo.

⁴⁵⁴ J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 27: Derecho social internacional y comunitario, 2000, p. 21.

debe entenderse comprendida en la expresión “marco de” que utiliza la Directiva⁴⁵⁵, aproximando así esta norma europea los espacios jurídicos de ambas libertades⁴⁵⁶.

Precisamente, el carácter duradero de la actividad empresarial hace que en este caso no sea posible acudir a la noción de “servicio” a la que nos referíamos arriba; siendo necesario establecer otra noción de temporalidad que resulte operativa en estos supuestos. En este sentido, el carácter temporal de esta movilidad tendrá que evaluarse en función de la actividad efectivamente desarrollada por el trabajador que se enmarcará en una decisión de movilidad coyuntural⁴⁵⁷.

c) Trabajadores desplazados por ETTs [artículo 1.3 c)]

El contrato de puesta a disposición es siempre temporal pues su celebración trae causa en la satisfacción de necesidades extraordinarias de mano de obra por parte de la empresa usuaria⁴⁵⁸. Partiendo de esta premisa las notas de transitoriedad, temporalidad o interinidad resultan ingénitas a la tarea que el trabajador contratado va a llevar a cabo⁴⁵⁹. Es por ello que en este tipo de desplazamientos el límite temporal vendrá determinado por la duración del contrato de puesta a disposición. Sin perder de vista además que, en virtud el apartado 9 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, dicho límite puede quedar sujeto a la legislación del país de destino.

La Directiva 96/71/CE establece que, durante el periodo de desplazamiento, debe existir una relación laboral entre la ETT y el trabajador, de lo que se infiere la exigencia, a su vez, de un contrato de trabajo entre el empresario ordenante y el trabajador movilizado⁴⁶⁰, en el que deberá quedar fijado el ámbito temporal del desplazamiento.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, además de precisar la duración máxima de estos contratos (y por ende, la que el desplazamiento de un trabajador puede llegar a abarcar)⁴⁶¹ cuando estos desplazamientos tengan como destino nuestro país, se

⁴⁵⁵ M.E. Casas Baamonde, “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global”, en M.E. Casas Baamonde y S. Del Rey Guanter (dirs.), *Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., p. 6.

⁴⁵⁶ Algo que efectuaría con posterioridad la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUEL núm. 376, de 27 de Diciembre de 2006).

⁴⁵⁷ En este sentido, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 73.

⁴⁵⁸ Nos remitimos al epígrafe 4.3 del Capítulo I del presente trabajo.

⁴⁵⁹ O. Ermida Uriarte y A. Castello, *Las empresas de trabajo temporal*, en AA.VV. (Obra colectiva del Grupo de los Miércoles), *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pp. 416.

⁴⁶⁰ Véanse sobre el particular M.E. Casas Baamonde, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, cit., p. 85, y J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida, *Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 48, 2004, p. 45.

⁴⁶¹ Véanse los artículos 6.2 y 7.1 de la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 170, de 17 de Julio de

obliga a la ETT al cumplimiento de una serie de obligaciones formales, entre las que se encuentra la de comunicar a la autoridad laboral competente por razón del territorio (donde efectivamente vayan a prestarse los servicios), entre otros datos, la fecha de inicio y la duración prevista del desplazamiento⁴⁶².

Analizados los matices que presenta la temporalidad en relación a cada uno de los supuestos contemplados en la Directiva 96/71/CE no podemos finalizar este epígrafe sin hacer mención al Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social⁴⁶³, única norma europea que prevé una duración máxima del desplazamiento. En efecto, su artículo 12.1 señala:

“La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses [...]”

Contemplando además la posibilidad de ampliar ese límite mediante el acuerdo entre el Estado de envío y el Estado de empleo⁴⁶⁴.

1999). Ambos remiten a lo establecido en el artículo 15 del ET que establece la forma en virtud de la cual se puede celebrar un contrato de una duración determinada, así como su duración.

⁴⁶² Tal y como establece el artículo 5 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 de Noviembre de 1999).

⁴⁶³ Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L 166 de 30 de abril de 2004, corregido en DOUE L 200 de 7 de junio de 2004), modificado en último lugar por el Reglamento (CE) n.º 465/2012 (DOUE L 149 de 8 de junio de 2012).

Véase también el Reglamento (CE) n.º 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.º 883/2004 (DOUE L 284 de 30 de octubre de 2009), modificado igualmente por el Reglamento (CE) n.º 465/2012.

Debemos aclarar que aunque el **Reglamento** del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE L 149, de 5 de julio de 1971), haya sido derogado por el Reglamento (CE) n.º 883/2004, continúa estando en vigor para determinadas materias (véase artículo 90 del Reglamento (CE) n.º 883/2004). Sin embargo, por lo que a nuestro estudio interesa ninguna de ellas resulta relevante; motivo por el que nos limitamos a nombrarlo aquí.

⁴⁶⁴ Mediante dicho acuerdo el trabajador podrá continuar sujeto a la legislación del Estado de envío aunque se superen los 24 meses de desplazamiento (artículo 16 Reglamento (CE) n.º 883/2004). No obstante, esta posibilidad sólo puede utilizarse en beneficio de “determinadas personas o categorías de personas” (aunque la propia norma no especifica cuáles).

Así, si puede preverse que la actividad durará más de 24 meses (o si así se observa una vez iniciado el período de desplazamiento), el empleador o la persona afectada deberán presentar una solicitud ante la autoridad competente del Estado miembro a cuya legislación el interesado desee quedar sujeto. En consecuencia, si no se presenta una solicitud de prolongación del período de desplazamiento por encima de los 24 meses o si, una vez presentada dicha solicitud, los Estados afectados no alcanzan un acuerdo al amparo del artículo 16 del Reglamento para prolongar la aplicación de la legislación del Estado de envío,

Aunque sea a efectos de sujeción a uno u otro sistema de seguridad social, lo cierto es que estamos ante la única disposición que de manera expresa establece un máximo de tiempo para el desplazamiento de un trabajador; a partir del cual el legislador comunitario entiende que dicho trabajador establece un mayor vínculo (o al menos, más permanente) con el país de destino y, por tanto, ese trabajador debe quedar plenamente integrado en él.

A este respecto la doctrina ha señalado lo interesante de la distinta finalidad de las normas de trabajo y de las de Seguridad Social. En el régimen laboral se establece una garantía de la aplicación de los mínimos del Estado de ejecución, mientras que en la Seguridad Social de lo que se trata es de permitir el mantenimiento de la norma del país de procedencia. La explicación está en que la norma de Seguridad Social, como norma de formación de derechos a lo largo del tiempo, es más compleja que la norma laboral que normalmente se agota en el momento de la ejecución del contrato, teniendo por ello poco sentido incluir en la Seguridad Social del país de ejecución al trabajador desplazado durante un periodo corto de tiempo. Lo que obligaría a poner en marcha todo el complicado y costoso sistema de totalización de periodos de cotización y de cálculo a pro rata de las prestaciones. Es más sencillo que en estos periodos temporales se mantenga el alta en la Seguridad Social de origen⁴⁶⁵. El problema está en determinar qué es un periodo corto de tiempo, máxime cuando la propia norma contempla la posibilidad de ampliar el plazo de 24 meses que ella misma establece.

Algunos autores se sirven de la regla *do ut des* para poder identificar ese límite temporal máximo⁴⁶⁶. En ese sentido, habrá de atenderse a los acuerdos que hayan podido firmar los Estados implicados. En el caso de España, como hemos indicado *supra*, existen acuerdos con varios países cuya oscilación temporal llega hasta los 8 años.

3. LA FALSA AFINIDAD CON DETERMINADOS SUPUESTOS

Al comenzar el segundo apartado de este capítulo se ponía de manifiesto que son múltiples las situaciones que dotan de contenido a la movilidad geográfica de trabajadores, debido a la gran variedad de combinaciones posibles entre los factores “trabajo” y “desplazamiento” y las variables “tiempo”, “lugar” y “objeto”. Sin embargo,

el trabajador pasará a estar sujeto a la legislación del Estado miembro en el que efectivamente esté trabajando tan pronto como finalice el período de desplazamiento.

⁴⁶⁵ A. Desdentado Bonete, *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 64, 2006, p. 20.

⁴⁶⁶ A. Desdentado Bonete, *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004*, cit., p. 28 y C. García de Cortázar y Nebreda, *Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas*, cit., p. 14.

no todas esas combinaciones han de encuadrarse necesariamente en el campo de la movilidad laboral internacional.

En efecto, es posible que como resultado de dicha interacción se produzcan situaciones que, a pesar de presentar elementos comunes con las anteriores, no devienen en manifestaciones de movilidad geográfica internacional, aunque sí de trabajo temporal en el extranjero. Y, aunque comparten ciertos rasgos, tampoco pueden ser consideradas prestaciones de servicios transnacionales como vamos a ver a continuación.

3.1 EL TELETRABAJO O EWORK⁴⁶⁷

Ya tuvimos ocasión de ver en el capítulo anterior que la aplicación de los avances tecnológicos en materia de información y comunicación a los procesos productivos ha permitido la aparición de formas descentralizadas de organización y desarrollo del trabajo, que se apartan claramente de los moldes operativos típicos de la empresa tradicional.

Pues bien, el intenso desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones están haciendo posible que una gama cada vez más amplia de actividades relacionadas con el procesamiento de la información y su transmisión por vía electrónica puedan ser localizadas en cualquier rincón del globo donde exista la infraestructura apropiada y se encuentren los trabajadores con las habilidades necesarias⁴⁶⁸. Tal es el caso de las labores a distancia realizadas a través de oficinas satélites o centros remotos (*back offices*), entendidas como unidades productivas separadas geográficamente de la sede principal de la empresa, pero en constante comunicación con ésta por vía electrónica para la atención de sus necesidades⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Denominación empleada por la Comisión europea en su informe, de abril de 2002, *eWork 2001. Informe sobre la situación de los nuevos métodos de trabajo en la economía del conocimiento*. Disponible en: <http://www.etw.org/2003/Archives/eWork2001-ES.pdf>

Este concepto comprende todo trabajo realizado fuera del establecimiento de una sociedad, pero coordinado con ésta mediante la utilización de las tecnologías de la información y un enlace de telecomunicaciones para su recepción o entrega (véase, p. 38 del citado informe).

Por señalar otra denominación, J. Thibault Aranda, *El teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2001, 2ª edición, p. 261, emplea la expresión “trabajo *off-shore*”.

⁴⁶⁸ U. Hucks y S. O’reagan, *eWork in Europe: the EMERGENCE 18-Country Employer Survey*, IES, Eastbourne (Sussex, UK), 2001, p.19.

⁴⁶⁹ Frecuentemente se trata de servicios de comercialización, atención al cliente, procesamiento de datos, y asistencia técnica. Sirvan de ejemplo: la industria de procesamiento de datos transfronterizo en países como Jamaica, Barbados o Filipinas; los centros de llamada internacional en el Reino Unido e Irlanda ; el software en la India; o los *call centres* de Marruecos. Para un estudio en profundidad sobre el teletrabajo resulta interesante el trabajo de W. Sanguineti Raymond, *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Ministerio de trabajo e Inmigración, 2003. Disponible en: <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf>

Situación similar se produce cuando se recurre a un contratista para que sea éste quien se encargue, contando con su propia organización de medios y su personal, de la ejecución de dichas tareas. No obstante, en opinión de Sanguinetti, este supuesto plantea mayores dudas puesto que quien asume frente al comitente la obligación de realizar un trabajo a distancia es la empresa y no los trabajadores de quienes éstas se sirven⁴⁷⁰. A nuestro entender, lo relevante en este supuesto es que el destinatario del servicio contratado se encuentra en una ubicación distinta (en este caso, en un Estado distinto) a aquella en la que se encuentra la empresa encargada de su ejecución y no quién asuma la obligación de llevarla a cabo.

Tras esta breve presentación de la prestación remota de servicios estamos en mejores condiciones para apreciar por qué esta figura no encuentra acomodo en las prestaciones de servicio transnacionales.

El *teletrabajo*, entendido como una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o de comunicación⁴⁷¹, es, en efecto, un supuesto en el que, si bien existe una dualidad empresarial, e incluso caben elementos de extraterritorialidad y de transnacionalidad virtual⁴⁷², el desplazamiento material en sí mismo no se produce. Esta peculiar forma de trabajar, que hace desaparecer las barreras geográficas al permitir a quienes recurren a ella contar con mano de obra en cualquier parte del mundo y que cuenta con la ventaja de la práctica irrelevancia del tiempo de transmisión del resultado productivo, no cuenta, sin embargo, con uno de los elementos característicos de las prestaciones de servicio transnacionales: el desplazamiento del trabajador, pues el desarrollo de la actividad contratada tiene lugar en una ubicación remota.

En consecuencia y, en la medida en que la Directiva europea atiende únicamente a las prestaciones de servicio en las que se produce un desplazamiento físico de los trabajadores por cuenta del prestador de servicio, entendemos que quedarán excluidas de su ámbito de aplicación no sólo las prestaciones de servicio en régimen de teletrabajo, sino también cualquier otra en las que el resultado del trabajo se haga llegar al destinatario del servicio a través de medios telemáticos o informáticos⁴⁷³.

⁴⁷⁰ W. Sanguinetti Raymond, “Teletrabajo”, en A.P. Baylos Grau, C. Florencio Thomé, R. García Schwarz; M.E. Casas Baamonde (Coords.) *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2014, p. 2008.

⁴⁷¹ Así lo define J. Thibault Aranda, *El teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*, cit. p.32.

⁴⁷² Puesto que el destinatario de la prestación laboral puede encontrarse en un país distinto a aquel desde donde se está realizando dicha prestación. Pensemos en el supuesto de empresas que prestan servicios de soporte informático.

⁴⁷³ En detalle, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., pp. 74 y ss.

3.2 TRABAJADORES CONTRATADOS PARA PRESTAR SERVICIOS EN EL EXTRANJERO

Nos encontramos ante un supuesto en el que el trabajador, que suscribe su relación laboral en un país, se compromete previa y contractualmente a realizar la actividad efectiva en otro Estado, normalmente predeterminado. Es por ello que la prestación de servicios no sufre en estos supuestos una modificación locativa, sino que su naturaleza es la de ser una actividad a desarrollar íntegramente en un Estado distinto al de la contratación. En ese sentido, la vinculación de la relación jurídica laboral con el país de origen (siendo el lugar donde se suscribe el contrato) es meramente circunstancial, puesto que la ejecución de la prestación de servicios se lleva a cabo fuera de su territorio nacional⁴⁷⁴.

Parece claro que ante tal circunstancia, la situación de este tipo de trabajadores no puede ser considerada una prestación de servicios transnacional.

Pensemos, sin embargo, en el siguiente supuesto: ¿qué ocurriría si el trabajador comienza a desarrollar la prestación de servicios en el país de origen como requisito previo a su desplazamiento? Tal sería el caso si las tareas que va a desempeñar en el país de destino exigen la adquisición previa de determinados conocimientos y habilidades, o bien, si el inicio de la ejecución en el extranjero está sujeta a condicionamientos tales como la finalización de infraestructuras o la contratación de personal⁴⁷⁵.

Entendemos que, en tales circunstancias, el trabajador no ha ocupado en puridad un puesto de trabajo en el país de contratación, puesto que dicho puesto no existía. Lo que el trabajador haya podido realizar con anterioridad a la ocupación efectiva de su puesto de trabajo será una especie de *fase previa* establecida como tal en el propio contrato, que en ningún caso debería ser considerada puesto de trabajo. En efecto, *su* puesto de trabajo se encuentra en el país determinado en el contrato que ha celebrado con la empresa.

Por otro lado, en la contratación de trabajadores para prestar servicios en el extranjero no hay, por regla general, expectativas de retorno. Por lo que el elemento de temporalidad – esencial, como acabamos de ver, en las prestaciones de servicio transnacionales- no media en modo alguno, razón por la que no puede encontrar acomodo en la Directiva 96/71/CE.

⁴⁷⁴ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, cit., p. 93.

⁴⁷⁵ Estos ejemplos pertenecen a A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, cit., p. 94.

3.3 SUPUESTOS EN LOS QUE NO EXISTE UNA EMPRESA DESTINATARIA DE LA PRESTACIÓN

Existen ciertas actividades que normalmente son prestadas a distancia por el trabajador y en las que éste suele utilizar las nuevas tecnologías de la comunicación para estar en contacto con su empresa, pero que, no teniendo la consideración de teletrabajo, tampoco se identifican con las prestaciones de servicios transnacionales en el sentido de la Directiva europea. Este es el caso, por ejemplo, de periodistas, reporteros gráficos⁴⁷⁶ o guías turísticos que se desplazan dentro del territorio europeo.

Se trata de actividades en las que efectivamente se produce un desplazamiento del trabajador. De ahí que se trate de prestaciones a distancia. Sin embargo, ese desplazamiento no conlleva cambio alguno en la organización del trabajo – como sí ocurre en el caso de las prestaciones de servicio transnacionales- puesto que la tarea del trabajador siempre se ha desarrollado de este modo⁴⁷⁷.

Por otro lado, en estos supuestos tampoco existe una empresa destinataria del servicio en el país de desplazamiento. Es la propia empresa de origen la destinataria de la prestación. Llegados a este punto el lector podría pensar que no hay diferencia entre esta figura y el supuesto analizado en el punto anterior. Aclaremos este aspecto.

En el caso del trabajador que ha sido contratado para prestar servicios en el extranjero, su ocupación o puesto de trabajo se desarrollará de manera permanente en el territorio extranjero de destino. Sin embargo, los periodistas, fotógrafos, guías turísticos, etc., no permanecen, por regla general⁴⁷⁸, en ese otro Estado; sino que son enviados con ocasión de un trabajo específico, tras cuya realización regresarán al país donde se encuentre establecida su empresa.

En ese sentido, este tipo de supuestos adolece de otro de los elementos característicos de las prestaciones de servicios transnacionales: la dualidad empresarial. Motivo por el que entendemos que estos supuestos quedan igualmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE.

⁴⁷⁶ J.R. Escudero Rodríguez, “Teletrabajo”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2000, p. 776.

⁴⁷⁷ M. Peguera Poch (Coord.), “Derecho y nuevas tecnologías”, en *Servicios de la sociedad de la información*, editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 210.

⁴⁷⁸ Salvo los denominados “colaboradores”, periodistas y/o reporteros gráficos que son contratados en el Estado que interese a la empresa con ocasión de algún evento que ésta desee cubrir. Las razones son variadas. Es posible que esta contratación conlleve un coste menor al que supondría desplazar a un periodista propio; puede resultar fundamental que se precise un gran conocimiento de la cultura del lugar; o simplemente que existan razones de seguridad para ello (pensemos en el caso actual de determinados países árabes).

3.4 TRABAJADORES MÓVILES

Hay determinadas actividades productivas que, bien por su propia naturaleza, bien por el modo en que la actividad se organiza, presentan una localización geográfica variable⁴⁷⁹.

Tradicionalmente se han venido considerando como empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes las dedicadas al montaje y/o reparación de instalaciones eléctricas o redes telefónicas, montaje y mantenimiento industrial, construcción o reparación de vías férreas o carreteras, circos ambulantes etc⁴⁸⁰. Sin embargo, existen otros sectores que igualmente cuentan con un grado elevado de movilidad. Pensemos, por ejemplo, en el caso de altos cargos, consultores especializados, representantes de comercio o de trabajadores de transportes. Del mismo modo, las empresas de tecnologías de la información y comunicación, también serán consideradas como empresas con centros móviles cuando su actividad presente normalmente una localización variable en función de los sucesivos contratos con empresas clientes⁴⁸¹.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que el trabajador se desplaza periódicamente a distintas localizaciones –en nuestro caso, a Estados miembros de la UE- durante la ejecución de la prestación laboral, sin que ninguno de sus destinos llegue a adquirir la cualidad de lugar de trabajo predominante⁴⁸².

El trabajador asume el hecho de que su actividad consiste en desplazarse sucesivamente, puesto que el propio clausulado contractual incluye una previsión de movilidad constante y cuya aceptación se convierte en requisito necesario para la contratación. Esto es, trabajador y empresa pactan, *ab initio*, que la prestación laboral es susceptible de ser realizada en centros de trabajo móviles⁴⁸³.

Pudiera parecer que esta figura es muy similar a las prestaciones de servicios transnacionales, sin embargo, la actividad de los trabajadores itinerantes no responde a la misma lógica que aquéllas. Si bien es cierto que, en ambos casos, el trabajador desplazado por su empresa de origen realiza su actividad en uno o varios países distintos, el origen de la movilidad difiere. En el primer supuesto, el desplazamiento se realiza de

⁴⁷⁹ La jurisprudencia entiende que el centro de trabajo será móvil o itinerante cuando exista una indeterminación espacial del puesto de trabajo o un emplazamiento múltiple de la actividad o servicio. En este sentido, véanse las SSTS de 19 de Junio de 1995 (Recurso 1359/94, RJ 3550/1995); de 4 de Diciembre de 1995 (Recurso 1275/95, RJ 7587/1995); y la STSJ de Andalucía de 22 de septiembre de 1998 (Recurso 2509/1998, RJ 10139/1998).

⁴⁸⁰ STS de 14 de octubre de 2004 (Recurso 2464/2003, RJ 6511/2004).

⁴⁸¹ H.I. Arbonés Lapena, *Algunas consideraciones sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas*, Jurisdicción Social, Núm. 152, enero 2015, pp. 76.

⁴⁸² Para O. Fotinopoulou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 112 y ss., se trata de contratos de trabajo plurilocalizados en los que la identificación del lugar de ejecución del contrato no señala ningún Estado.

⁴⁸³ M.G. Quintero Lima, *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales*, cit., pp. 186 y 187.

manera espontánea o imprevista⁴⁸⁴ mientras que, en el segundo, la eventualidad de un desplazamiento a otro Estado está prevista y es conocida de antemano por el trabajador, quien voluntariamente la acepta como parte del clausulado que rige su relación laboral⁴⁸⁵.

Al igual que hemos hecho en los apartados anteriores también aquí vamos a plantear un interrogante. Pensemos en un trabajador que ha sido contratado por una empresa de transporte para prestar servicios de carácter administrativo en un centro determinado y es desplazado a otro centro extranjero de la empresa. Puesto que se trata de una empresa con centros móviles ¿estaríamos ante un trabajador móvil o ante una prestación de servicios transnacional? A esta pregunta parece responder la STS de 5 de noviembre de 1986 al señalar que el carácter móvil o itinerante de la empresa debe manifestarse en la concreta relación de trabajo⁴⁸⁶. De lo que se infiere que el trabajador tiene que ser informado específicamente sobre las particulares condiciones de movilidad en que va a prestar sus servicios en la empresa. El TS carga con la prueba de tal información al empresario, quien habrá de evidenciar la inclusión expresa en el contrato de dicha circunstancia o la determinación precisa del lugar de trabajo⁴⁸⁷.

En conclusión, todas aquellas actividades que se desarrollan sin una ubicación geográfica concreta porque el puesto de trabajo tiene, *per se*, el carácter de móvil o itinerante, quedarán excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE. Precisamente en los supuestos descritos en este epígrafe parece pensar la Directiva cuando excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los desplazamientos que afecten al personal navegante de las empresas dedicadas a la marina mercante⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Respetando, en cualquier caso, los requisitos legales de modificación del contrato de trabajo.

⁴⁸⁵ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, cit., pp. 96 y 97.

⁴⁸⁶ STS de 5 de noviembre de 1986 (Recurso 1916/1986, RJ 12706/1986). El Tribunal señala que, aunque del apartado primero del artículo 40 ET (encargado de regular la movilidad geográfica) se desprenda que los trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes no necesitan expediente alguno para ser desplazados [...] es necesario que se haya hecho constar en su contrato que se les emplea para prestar sus servicios en determinadas localidades". Véase FD tercero de la STS de 5 de noviembre de 1986, cit.

En efecto, el artículo 40.1 del ET establece: "El traslado de trabajadores *que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes* a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá [...]". De esta redacción deduce el Tribunal que, por oposición, aquellos trabajadores que sí hayan sido contratados específicamente bajo dicho modalidad, no precisan de requisito formal alguno.

A pesar de que este artículo ha sido reformado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 julio de 2012), no se ha alterado el contenido que a nuestro estudio interesa. Véase la nueva redacción del Artículo 40.1 del ET: "El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen".

En sentido análogo se pronuncia la STS de 14 de octubre de 2004 (Recurso 2464/2003), cit.

⁴⁸⁷ ATS de 4 de octubre de 2005 (Recurso 3682/2004, RJ 14878/2005).

⁴⁸⁸ Artículo 1.2 de la Directiva 96/71/CE.

3.5 TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

Con este término se designa a todo trabajador que desempeña su actividad laboral en el territorio de un Estado y reside en el de otro, al que regresa cada día o al menos una vez por semana⁴⁸⁹.

Es cierto que en este tipo de supuestos se produce un desplazamiento internacional, toda vez que el trabajador debe atravesar una frontera –que separa dos Estados miembros, el de residencia y el de trabajo-, para llegar al lugar donde desarrolla su actividad laboral. Sin embargo, la movilidad que se produce en este tipo de situación difiere de las notas propias de una prestación de servicios transnacional⁴⁹⁰.

En efecto, los trabajadores transfronterizos, generalmente, no se ven movilizados a otro país con motivo de una prestación de servicios, ni tampoco su actividad está caracterizada por prestarse en uno o varios países extranjeros. Lo que ocurre es que para ir desde su residencia habitual a su lugar de trabajo tienen que cruzar una frontera internacional, a pesar de la cercanía entre ambos lugares. Esto es, la movilidad no se debe, *stricto sensu*, a las especiales características de la actividad sino a que el trabajador tiene su residencia estable en la zona fronteriza de un Estado limítrofe a aquél en el que trabaja⁴⁹¹.

En consecuencia, este supuesto quedará igualmente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE; salvo que el trabajador transfronterizo sea desplazado, en el marco de una prestación de servicios, a un Estado distinto a aquel en el que se ubica su empresa. Entendemos que este caso merecería la misma protección que cualquier otro desplazamiento realizado por un trabajador –no transfronterizo- de la misma empresa que fuese desplazado a otro Estado en el marco de una prestación de servicios en los términos que establece la citada norma europea.

En este mismo sentido, Dictamen del CES, de 9 de junio de 1999, relativo al anteproyecto de Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, p. 5: “el trabajo marítimo se efectúa en el buque y, por tanto, la movilidad que se deriva de esta circunstancia no se considera desplazamiento a los efectos de la Directiva 96/71/CE”. Disponible en web: <http://www.ces.es/dictamenes/1999/dic1099.pdf>.

⁴⁸⁹ Art. 1.b) del Reglamento 1408/71/CEE, de 14 de junio de 1971, 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 sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE L 149, de 5 de julio de 1971). Versión consolidada tras la reforma introducida por el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE L 166, de 30 de abril de 2004).

⁴⁹⁰ A. Desdentado Bonete, *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004*, cit., p. 33.

⁴⁹¹ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, cit., pp. 100 y 101.

Lo mismo ocurre en el caso de las llamadas *empresas transfronterizas*, entendidas como instalaciones o edificaciones físicas por las que discurre una o varias fronteras nacionales⁴⁹²; de manera que la misma sede empresarial se encuentra situada en varios Estados al mismo tiempo.

El trabajador que desarrolla su actividad en este tipo de empresa no es contratado para prestar servicios sucesivamente en distintos países, aunque, en efecto, su actividad se desenvuelva en ese sentido. La nota de internacionalidad no deriva de su inclusión en el clausulado del contrato, sino que reside en la especial ubicación de la empresa contratante; lo que nos lleva a concluir que tampoco en este caso tiene lugar una modificación locativa de la prestación laboral. Motivo por el que este supuesto tampoco encuentra cabida en la Directiva europea sobre prestaciones de servicios transnacionales.

3.6 EL CASO DE LOS TRABAJADORES EXPATRIADOS

Resulta llamativa la polisemia de esta noción utilizada frecuentemente en alusiones a movilidad laboral al extranjero. Y es que, en efecto, el significado que se le da a la expresión no es coincidente en todas las referencias, aunque en todos los casos subyace un presupuesto común y general: se trata de una manifestación más del trabajo en el extranjero.

En ocasiones se habla de expatriación para hacer alusión a supuestos de cambio transnacional en el lugar de trabajo de trabajadores con una determinada categoría profesional dentro de la empresa⁴⁹³. Concretamente, se trata de empleados que ocupan puestos de dirección o confianza o están altamente cualificados. Por contraposición, el resto de trabajadores que pueden estar eventualmente destinados al extranjero no experimentarían una expatriación, sino otra suerte de movilidad.

En otros casos, el término “expatriado” se emplea cuando el episodio de movilidad geográfica internacional de trabajadores persigue una determinada finalidad. En este sentido, se habla de expatriación sólo para hacer referencia a las situaciones en las que el objetivo empresarial de la operación consiste en la transferencia de unos determinados conocimientos o pautas y métodos trabajo (*know how*)⁴⁹⁴. Este rasgo pone en relación esta definición con la anterior, ya que suelen ser los trabajadores más cualificados los que se encargan de asumir estas competencias tanto a nivel interno o nacional como

⁴⁹² Véase STJCE de 12 de julio de 1973, *Angenieux/Hakenberg* (asunto 13/73, RJ 1973/00935).

⁴⁹³ K. Guryanova y A. De Juan Juan, *Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de Extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados). Comentario a algunos aspectos del Real Decreto 2393/2004*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Núm. 13, 2007, pp. 1 y ss.

⁴⁹⁴ S. Espinosa de los Monteros Garde y J. Verdeal Durán, *Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores*, cit., pp. 2 y 3.

cuando experimentan una movilidad externa o internacional. De acuerdo con esta definición, por tanto, no serían expatriaciones las situaciones en las que el trabajador ejecuta la prestación de servicios en otro Estado para realizar una actividad distinta. En cualquier caso, se trata de una concepción tradicional que ha ido perdiendo vigencia con el paso del tiempo, aunque no deja de plantear problemas en la delimitación tanto de este término como del de movilidad geográfica internacional de trabajadores⁴⁹⁵.

A veces también se marca la diferencia entre expatriación y otros supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero en los objetivos que se persiguen, aunque, en esta ocasión, no por parte de la empresa sino por parte del trabajador afectado. En estos casos, se habla de expatriado porque el objetivo de la asignación internacional está en promocionar la formación y el enriquecimiento personal del trabajador⁴⁹⁶.

En otras referencias se pone el acento en la duración de la asignación internacional. En este sentido, se emplea este término cuando la movilización del trabajador tiene cierta estabilidad en el tiempo e incluso cuando es previsiblemente permanente o indefinida⁴⁹⁷. Así, se suelen distinguir distintas modalidades de expatriación en función de su duración. De manera que se habla de expatriado a corto plazo cuando la duración del desplazamiento oscila entre 6 y 12 meses, expatriado clásico cuando el trabajador es desplazado por un tiempo de 1 a 3 años⁴⁹⁸ y expatriado a la largo plazo si la asignación supera este último lapso temporal. Sin embargo, estos límites temporales se vienen difuminando desde hace un tiempo⁴⁹⁹. En efecto, se ha producido una reducción del tiempo mínimo de desplazamiento surgiendo, en consecuencia, nuevas figuras como el expatriado *commuter*, entendido como aquel trabajador que se desplaza a otro país en

⁴⁹⁵ Se expresa en este sentido A. De Juan Juan, *Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 27, p. 174, cuando da por “superada la tradicional visión única de la expatriación como exportadora de conocimiento o metodologías de trabajo a países menos desarrollados”.

⁴⁹⁶ Esta es la definición que también plantea A. De Juan Juan, *Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España*, cit., p. 175.

⁴⁹⁷ Véase AA.VV. *Memento Práctico Social 2007*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, p. 1743: “cuando el desplazamiento tiene cierta continuidad, o incluso permanencia en el tiempo, se les suele denominar (trabajadores) expatriados”.

Extrapolándolo a la normativa estatutaria sobre movilidad geográfica en el ámbito nacional, dicha estabilidad o vocación de permanencia haría equiparable la expatriación con el traslado del artículo 40 del ET.

⁴⁹⁸ Véase A. De Juan Juan, *Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Núm. 4, Noviembre-2003, p.2.

⁴⁹⁹ Según estudios realizados por PwC (Price Waterhouse Coopers) en 2012 y 2014. Véase el Estudio sobre movilidad 2014: *Movilidad con sentido* y el Informe de 2012: *Movilidad del talento 2020 y más*. Disponibles respectivamente en:

http://www.pwc.es/es_ES/es/publicaciones/legal-fiscal/assets/movilidad-con-sentido-estudio-2014.pdf

http://www.pwc.com/en_GX/gx/managing-tomorrows-people/future-of-work/pdf/pwc-talent-mobility-2020.pdf (sólo disponible en inglés)

donde reside los días laborables para regresar a su vivienda habitual los fines de semana⁵⁰⁰. Este suele ser el caso de ejecutivos que viajan durante un tiempo no superior a cuatro meses al país de destino y desarrollan al personal local para que puedan operar con autonomía bajo las directrices de la central. El “expatriado virtual” es otra figura novedosa⁵⁰¹. Se trata de trabajadores trasladados al extranjero que siguen manteniendo funciones y responsabilidades con su país de procedencia mediante el empleo cuasi permanente de la tecnología (por ejemplo, videoconferencia).

Sin embargo, en la mayoría de ocasiones el término “expatriación” se utiliza como sinónimo de desplazamiento⁵⁰². De hecho, es tremendamente frecuente encontrar ambos términos en un mismo documento en el que se esté abordando el desplazamiento temporal de trabajadores⁵⁰³. Ello no significa que trabajador expatriado y trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional aludan a la misma situación. Únicamente cuando el desplazamiento se encuadre en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE estaremos ante una verdadera prestación de servicios transnacional.

⁵⁰⁰ Informe “*Up or out, Next moves for the modern expatriate*” de Economist Intelligence Unit, 2010, p. 7. Disponible en: http://graphics.eiu.com/upload/eb/lon_pl_regus_web2.pdf

⁵⁰¹ Véase Informe de 2012: *Movilidad del talento 2020 y más*, cit., pp. 11-13.

⁵⁰² Trabajador internacional, trabajador expatriado y trabajador desplazado son sinónimos para L.F. Carrillo Pozo, *Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera (A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 11 de febrero)*, Aranzadi Social, Núm. 5, 2003, p. 951. También se refiere a esta posibilidad A. De Juan Juan, *Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España*, pp. 173 y 174.

⁵⁰³ Sirvan de ejemplo algunos de los citados en este trabajo: A. De Juan Juan, *Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España*, cit.; del mismo autor, *Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado*, cit.; y S. Espinosa de los Monteros Garde y J. Verdeal Durán, *Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores*, cit.

Debemos comenzar este bloque aludiendo al protagonismo del DIPr en el análisis del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero, en tanto que se trata de una disciplina legal que “aspira a la reglamentación del tráfico externo”⁵⁰⁴.

Cuando un trabajador es destinado en el marco de una prestación de servicios transnacional a otro Estado miembros se genera una situación jurídica particular por la que, como veremos, una misma relación contractual es susceptible de ser regulada por distintos ordenamientos jurídicos. Por ello, determinar las reglas que nos permitirán conocer el derecho material aplicable al mismo *-lex o ius-* resulta fundamental.

En efecto, el juez nacional ante el que se plantea un litigio sobre una prestación de servicios transnacional -para cuyo conocimiento se ha declarado competente conforme a las reglas que luego analizaremos- habrá de localizar, de entre todas las normas relacionadas con el asunto, la ley rectora del contrato conjugando debidamente las previsiones de los distintos sistemas. Es decir, debe dar solución al conflicto de leyes que este tipo de cuestiones suelen plantear.

A las relaciones de trabajo que se desenvuelvan en un territorio nacional les será de aplicación, en principio, la legislación laboral de dicho Estado. De manera que resulta indiferente que el trabajador, el empleador, o ambos, ostenten una nacionalidad distinta a la del país en cuestión -ya sea ésta comunitaria o extranjera- toda vez que el hecho o vínculo que determina la aplicación del ordenamiento jurídico laboral interno es el de la territorialidad. Sin embargo, tal y como se desprende de su calificativo, en el contexto laboral de una prestación de servicios transnacional, el trabajo no se presta de manera estable en un único país. Es entonces, con la aparición de elementos de extranjería en la relación de trabajo, cuando surge el problema de la determinación del Derecho aplicable.

Conocer las pautas que permiten identificar qué legislación resulta de aplicación cuando el trabajo deja de ejecutarse en un entorno laboral permanente resulta, por tanto, imprescindible.

Nótese que desde el comienzo del capítulo hablamos de “ley aplicable” y no de “solución aplicable” (al litigio, en este caso). Y es que las normas de conflicto no proporcionan una solución directa al fondo del asunto planteado, es decir, no contienen la respuesta al litigio. La solución ofrecida por este tipo de normas es indirecta, en tanto que se limitan a determinar qué derecho laboral deberá aplicar el juez competente para resolver el asunto planteado. En este sentido, el hecho de que los tribunales de un Estado

⁵⁰⁴ “Esto es, de aquellas relaciones y situaciones cuyos elementos no se realizan en una sola esfera jurídica, en un único ordenamiento, sino que por el contrario están afectadas por la pluralidad y diversidad de los sistemas jurídicos”, según J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, cit., pp. 14 y 37.

conozcan de una determinada controversia no implicará necesariamente la aplicación del ordenamiento jurídico nacional, como tampoco el hecho de que se declaren incompetentes va a suponer que su Derecho interno no sea aplicado al supuesto litigioso por la jurisdicción extranjera que corresponda.

1. LA CONFLUENCIA DE NORMAS DEL ESTADO DE ORIGEN Y DE DESTINO. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS PRINCIPIOS LABORALES DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA.

Una prestación de servicios transnacional implica una conexión jurídica con, al menos, dos Derechos internos: el del país de origen y el de destino. De manera que la relación de trabajo es susceptible de ser ordenada por disposiciones de ambos Derechos en régimen de concurrencia. Aunque también puede suceder que el desplazamiento provoque una sucesión de normas que las técnicas de DIPr, sin embargo, no alcanzan a resolver completamente. Es por ello que el DIPr debe ser consciente de los mecanismos que arbitra el Derecho del Trabajo para resolver los conflictos normativos. En este sentido, las normas privadas internacionales que intervienen en la articulación del régimen jurídico-laboral de las prestaciones de servicios transnacionales no deben ignorar las lógicas y los principios que inspiran la regulación de las relaciones de trabajo. De manera que la imbricación del DIPr y del Derecho del Trabajo es en este contexto la opción óptima para determinar las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores que se encuentran desplazados temporalmente a otro país con ocasión de una prestación de servicios transnacional⁵⁰⁵.

El primero de estos principios queda prontamente establecido en el artículo 3.3 ET: “ los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”.

El principio *favor laboratoris*, cuya puesta en práctica resulta cada vez más limitada⁵⁰⁶, encuentra, sin embargo, un espacio de aplicación propicio en el ámbito de los conflictos entre disposiciones de distintos sistemas jurídicos nacionales⁵⁰⁷. De hecho, la propia Directiva 96/71/CE lo recoge en su articulado al establecer que lo dispuesto en ella “no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los

⁵⁰⁵ Véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 179.

⁵⁰⁶ E. Borrajo Dacruz, *Introducción al Derecho de Trabajo*, 22ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pág. 341.

⁵⁰⁷ J. Cruz Villalón y otros, *Estatuto de los trabajadores comentado*, cit., pp. 84 y ss: “llegamos al resultado de práctico vaciamiento de la funcionalidad de la regla de la norma más favorable, que sólo queda para supuestos muy residuales: cambio de trabajador de destino con alteración del ámbito aplicativo de la norma territorialmente limitada en el espacio, supuestos de concurrencia entre normas de diverso rango que de hecho sean hábiles para una comparación en su conjunto querida por la norma superior, y poco más”.

trabajadores” (artículo 3.7).

Y es que en este espacio no siempre es posible dilucidar de un modo objetivo la mayor favorabilidad de una disposición, dado que no siempre existen elementos cuantitativos de comparación y los elementos de orden cualitativo no son fácilmente comparables en todos los casos⁵⁰⁸.

La concreción del alcance de este principio no ha sido siempre una cuestión pacífica en la doctrina. En efecto, hasta el Informe *Giuliano-Lagarde* relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, se apreciaban dos posturas interpretativas. Por un lado, quienes entendían que la norma más favorable sería aquella que resultara de la comparación en su conjunto de las distintas normas concurrentes, siendo sólo una de ellas la que regularía la situación conflictiva. Por otro, quienes consideraban que tras la comparación de disposiciones era posible obtener un régimen jurídico específico compuesto por la aplicación parcial de distintos textos normativos⁵⁰⁹.

Como decíamos, a partir del Informe de 1980⁵¹⁰ se ha mantenido que no cabe la comparación global, ni tampoco la comparación analítica de cada norma; optándose por un sistema institucional o analítico corregido mediante el que se suman las concretas ventajas que ofrecen cada una de las normas en conflicto⁵¹¹. En el ámbito de la Directiva 96/71/CE, y en la medida en que sólo exige la aplicación de ciertas disposiciones relativas a determinadas materias⁵¹² del país de destino, parece acogerse también esta opción interpretativa. Sin embargo, como señala Serrano Olivares, en el caso de esta norma europea no se trata de tomar en consideración normas de cada una de las leyes en juego (esto es, de la ley del Estado de origen y de la del Estado donde temporalmente se encuentra desplazado el trabajador) de forma aislada, sino en cuanto integradas en grupos de normas homogéneos que tienen una finalidad común⁵¹³. Y es que la Directiva

⁵⁰⁸ M. G. Quintero Lima, *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud*, cit., nota 18, p. 190.

⁵⁰⁹ Sobre las opciones interpretativas planteadas al respecto, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 177-179.

⁵¹⁰ Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (92/C 327/01), elaborado por Mario Giuliano, profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde, profesor de la Universidad de París I (DOCE 282, de 31 de octubre de 1980, en inglés; y DOUE C327, de 11 de diciembre de 1992, en español).

⁵¹¹ Por todos, J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, cit., p. 25; y R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., pp. 69-71.

⁵¹² Períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias –con exclusión de los regímenes complementarios de jubilación profesional; condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; salud, seguridad e higiene en el trabajo; medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; e igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación (artículo 3.1. Directiva 96/71/CE).

⁵¹³ R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 69.

96/71/CE se refiere, por lo general, a materias concretas dentro de una institución genérica. Así, por ejemplo, esta norma comunitaria no alude a la institución “tiempo de trabajo”, sino a una materia específica dentro de la misma cual es el periodo máximo de trabajo y mínimo de descanso⁵¹⁴. Así pues, en la medida en que la Directiva alude a aspectos concretos, la comparación normativa sólo debe realizarse, en principio, entre grupos que integren disposiciones relativas a esa materia determinada, con independencia de si se trata de normas de la misma o de distinta disciplina (en el caso que a nuestro estudio interesa, laboral, de seguridad social o fiscal). De manera que en el análisis comparativo se atienda la situación global del trabajador respecto a la materia en cuestión, pues la Directiva 96/71/CE no pretende garantizar una igualdad de trato absoluta entre trabajadores, sino una protección equivalente⁵¹⁵.

No obstante, a pesar de la literalidad del artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE, lo cierto es que la consideración de esta norma europea como fuente de aplicación del principio *favor laboratoris* no ha tenido una acogida generalizada en la práctica jurisprudencial. Y es que, como veremos, el TJCE ha venido restringiendo severamente el juego de este principio sobre la base de su supeditación a la libertad de prestación de servicios.

En el entendido de que la Directiva 96/71/CE se configura como una norma de mínimos⁵¹⁶, el TJCE sostiene que no cabe aceptar, por efecto de la aplicación del artículo 3.7, la aplicación de aquellas disposiciones del país de ejecución temporal de la prestación de servicios que mejoran los mínimos establecidos por el derecho de ese país y que serían objetivamente aplicables al caso (según el principio *favor laboratoris*). Ello supondría permitir al Estado miembro de acogida 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, lo que privaría de eficacia a la propia Directiva⁵¹⁷. Y es que a juicio del TJCE, el objetivo de esta norma es la consecución de la libre prestación de servicios y, por tanto, no pueden resultar admisibles (por considerarse restrictivas de dicha libertad) las normas que, al amparo de su artículo 3, impidan, obstaculicen o hagan menos interesante la

⁵¹⁴ El hecho de que la Directiva se refiera de manera genérica a las materias de no discriminación y de salud, seguridad e higiene en el trabajo pudiera hacernos pensar que, en relación con las mismas, la comparación de normas debería realizarse de forma global, en vez de atender a grupos homogéneos de normas dentro de esos ámbitos materiales. Sin embargo, la propia Directiva excluye tal planteamiento cuando, tras esa inicial referencia genérica, se alude a grupos concretos de normas como en el caso de las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes (artículo 3.1 f)).

⁵¹⁵ R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 71.

⁵¹⁶ M. Llobera Vila, El desplazamiento transnacional de trabajadores, cit., p. 211. También comparte esta opinión, P. Juárez Pérez, *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, cit., p. 1276; y en profundidad, M.E. Casas Baamonde, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, cit., p. 17 y ss.

⁵¹⁷ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, apdo. 80. Esta reflexión se reproduce nuevamente en la sentencia de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, cit., apdo. 33.

ejecución de las prestaciones en el Estado de acogida”⁵¹⁸.

En suma, para el TJCE, la intervención del Derecho del país de ejecución de la prestación de servicios debe quedar ceñida a sus disposiciones imperativas mínimas, aún cuando disponga normas más favorables que resulten aplicables a los trabajadores destinados a ese territorio⁵¹⁹. Postura ésta que puede llegar a entrar en contradicción con el principio de igualdad y no discriminación en el que, paradójicamente, este Tribunal sustenta sus argumentos⁵²⁰. En efecto, al no admitir más que la intervención de normas de las disposiciones imperativas mínimas del Derecho del Estado de destino, impide la aplicación de otras normas garantes de mejoras sobre las mismas a favor de cualquier trabajador que presta servicios en su territorio, incluso temporalmente. Lo que provoca, en consecuencia, que no exista una igualdad real entre las condiciones de trabajo que disfrutaban los desplazados y las reconocidas a los nacionales del Estado de desplazamiento⁵²¹.

La postura mantenida por el TJCE desvirtúa el contenido del Derecho nacional aplicable –que generalmente coincidirá con el del país de destino–, desplazando de su aplicación objetiva a los supuestos de desplazamientos que a lo largo de este trabajo analizamos, con el consiguiente efecto que tiene sobre la posibilidad de aplicación de la norma más favorable⁵²².

En este punto resulta interesante la postura sostenida en la Directiva 2006/123, conocida como “Directiva de Servicios”⁵²³, que, aunque no se aplica a las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores que prestan temporalmente servicios en otro Estado

⁵¹⁸ Sentencia de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, cit., apdos. 36 y 37.

Sobre la confrontación entre los intereses económicos y la protección del trabajador desplazado, M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria*, cit., p. 351 y ss; y J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, cit., p. 14.

⁵¹⁹ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 184.

⁵²⁰ Sobre el tema, A. Ojeda-Avilés, *Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?*, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Núm. 217, 2009, p. 24.

⁵²¹ I A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 188.

⁵²² A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 187.

⁵²³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376, de 27 de diciembre de 2006). Esta norma también es conocida como Directiva Bolkestein, en referencia a Frits Bolkestein, comisario europeo para el mercado interno, que propuso y defendió esta directiva durante la presidencia de Romano Prodi.

Con esta norma culminó el proceso abierto por la “Estrategia de Lisboa” para permitir que los servicios puedan prestarse a través de la Unión Europea con la misma facilidad que dentro de un único Estado miembro. Para un análisis completo del proceso de adopción de la Directiva 2006/123, así como de su contenido, véanse los estudios de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm. 14, 2008.

miembro⁵²⁴, establece en su considerando 86 que “no debe impedir que los Estados miembros apliquen condiciones de trabajo y empleo distintas de las enumeradas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE por razones de orden público”. Sin extendernos más de lo necesario, resulta interesante destacar la preocupación que muestra esta norma porque su objetivo principal –el fortalecimiento de la prestación de servicios y la eliminación de obstáculos al ejercicio de esta libertad y de la de establecimiento- no opere en perjuicio de los trabajadores ni de sus condiciones de trabajo⁵²⁵. Esta reflexión contribuye a dar entrada a la aplicación del principio de norma más favorable en la determinación del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero⁵²⁶.

Así las cosas, la observancia del principio *favor laboratoris* en desplazamientos transnacionales temporales para una prestaciones de servicios no queda garantizada con la aplicación de la Directiva 96/71/CE y sus normas de transposición, pues su cobertura se activa únicamente cuando el desplazamiento tiene lugar en el territorio de la Unión Europea (y en Estados signatarios del AEEE). En consecuencia, si el trabajador es emplazado a un tercer Estado fuera de dicho ámbito, la configuración del régimen jurídico dependerá de la aplicación de las normas sobre solución de conflictos normativos que se establecen, según el caso, en el CR o en el Reglamento Roma I.

En relación con la modulación que los principios inspiradores del orden laboral llevan a cabo en la resolución de los conflictos normativos que tienen lugar con ocasión de una prestación de servicios transnacional, hay que tener en cuenta, además, otro aspecto. Y es que la alteración locativa de la prestación de servicios puede ir acompañada de la modificación de otros elementos del régimen jurídico de la relación laboral que no puedan salvarse o evitarse con la aplicación de la norma más favorable (*favor laboratoris*).

En efecto, el juego de las reglas de determinación del Derecho aplicable en este tipo de situaciones puede provocar la pérdida de vigencia de determinadas disposiciones que regían la relación laboral con anterioridad al desplazamiento. Desde esta perspectiva no resulta desproporcionado defender que, en estos concretos supuestos, se respeten los beneficios adquiridos por el trabajador en el Estado de origen. Pues no parece admisible que las modificaciones y adaptaciones temporales que se producen en este contexto –

⁵²⁴ De hecho, el artículo 3.1 dispone que en caso de conflicto entre una de sus disposiciones y una disposición de otro acto comunitario “relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas” – entre los que cita la Directiva 96/71/CE- “estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas”.

⁵²⁵ Considerandos 13 a 15 Directiva 2006/123/CE.

⁵²⁶ También lo sugiere A. Ojeda-Avilés, *Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?*, cit., p. 26, cuando señala que “la Directiva 2006/123/CE es un ejemplo del fino hilar de las instituciones comunitarias, pues toma buena nota de los acontecimientos para, sin decirlo, orientar la doctrina del Tribunal Europeo hacia la cultura jurídica laboral”.

otro sistema de relaciones laborales, otro mercado de trabajo, otra organización productiva- puedan repercutir negativamente en el estatus del trabajador que resulta desplazado⁵²⁷.

A diferencia del principio de norma más favorable, el *principio de condición más beneficiosa* no opera en supuestos conflictivos de concurrencia de normas⁵²⁸. La aplicación de este principio está condicionada a la existencia de un cambio de sujeción normativa⁵²⁹, como la que puede producirse en el ámbito del Derecho aplicable al desplazamiento de un trabajador en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Al igual que el anterior, este principio también encuentra cobertura en el ET, cuyo artículo 3.1 c) establece: “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan (...) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”. De su lectura se infiere que la aplicación efectiva de este principio queda condicionada a la intervención de la autonomía de las partes en la relación de trabajo. Dicho de otra manera, este principio entrará en funcionamiento si, las condiciones más beneficiosas se encuentran expresamente reconocidas⁵³⁰ (además de ser lícitas y favorecer al trabajador en el marco de la legalidad vigente).

Esa configuración del *principio de condición más beneficiosa* hace que no resulte de aplicación genérica en los supuestos de transición normativa, toda vez que el respeto de los derechos adquiridos por el trabajador en el Estado de origen (una vez que se encuentra realizando la prestación para la que ha sido desplazado), está condicionada, como acabamos de ver, a que exista un reconocimiento previo de los mismos.

Por otro lado, la operación de determinación del Derecho aplicable no siempre toma en consideración todas las consecuencias que derivan del trabajo en el extranjero. Y es que es prácticamente inevitable que estos desplazamientos repercutan también en la esfera personal y familiar del trabajador movilizado. En efecto, este tipo de traslado temporal acarrea profundas implicaciones a nivel familiar; y es que, en cierta medida, la familia, *per se*, también participa en él. No sólo por su posible co-protagonismo en el desplazamiento, sino igualmente por su vulnerabilidad ante los posibles efectos desintegradores propios de la separación, tanto física como emocional, que acarrea

⁵²⁷ De manera similar, aunque en referencia a supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores con origen en España, I. García-Perrote, *Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo*, cit. p. 315.

⁵²⁸ A. Ojeda-Avilés, *El principio de condición más beneficiosa*, Revista de Política Social, Núm. 134, 1982, pág. 9.

⁵²⁹ Expresión acuñada por T. Sala Franco, *El principio de condición más beneficiosa*, Revista de Política Social, Núm. 114, 1977, p. 60.

⁵³⁰ Por el contrato de trabajo o por una norma. Véase, T. Sala Franco, *El principio de condición más beneficiosa*, cit., pp. 37 y ss.

consigo; especialmente, cuando la estancia en el país extranjero se prolonga en el tiempo.

En consecuencia, el trabajador sufre un alejamiento, más que profesional, vital, por lo que no parece adecuado que la articulación del régimen jurídico en situaciones de trabajo temporal en el extranjero se lleve a cabo sin tomar en consideración la necesaria conciliación de la vida laboral, personal y familiar como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico⁵³¹.

La determinación del derecho aplicable a estas situaciones de trabajo transnacional debería, por tanto, estar orientada, además de al establecimiento de garantías para asegurar la continuidad de la relación laboral, a la adaptación de la misma a las nuevas condiciones, tanto laborales como personales y familiares, que presenta el desarrollo de la prestación de servicios en el extranjero. Y para ello, la aplicación del *principio de condición más beneficiosa* debe realizarse de manera amplia, en el sentido de condición más beneficiosa de la situación vital del trabajador, y no sólo de determinadas condiciones o derechos laborales adquiridos⁵³².

Por último, no debemos olvidar que se trata de un principio cuya intervención queda condicionada a que las partes no acuerden otra cosa y/o a que no se produzca una normativa posterior más favorable⁵³³.

2.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Apuntábamos en el epígrafe anterior que la consideración de la Directiva 96/71/CE como fuente de aplicación del principio *favor laboratoris* no ha tenido una acogida generalizada en la práctica jurisprudencial. En efecto, el TJUE ha venido restringiendo severamente el juego de este principio sobre la base de su supeditación a la libertad de prestación de servicios, haciendo una interpretación exigua de la facultad de extender la legislación nacional a los desplazamientos en el marco de prestaciones de servicios transnacionales, establecida en el artículo 3.10 Directiva 96/71/CE.

El argumento con el que se ha justificado esta posibilidad no ha sido otro que evitar la posible imposición por parte de los legisladores estatales de restricciones desproporcionadas al ejercicio de la libertad empresarial de prestación de servicios. Lo que viene a evidenciar la *ratio* económico-instrumental que subyace en esta institución jurídica⁵³⁴.

⁵³¹ Consideración que otorga la propia CE al situar la familia como base de los principios rectores de la política social y económica (artículo 39 CE).

⁵³² A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 192.

⁵³³ *Ibidem*, p. 194.

⁵³⁴ M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p.181.

A pesar de que la intervención estatal sea factible –toda vez que se ha reconocido la posibilidad de que los Estados miembros extiendan su legislación a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio⁵³⁵–, no toda actuación en este sentido resulta legítima, bien porque tales actos vulneran el contenido esencial de esa libertad comunitaria, bien porque sin vulnerarlo, desincentivan el normal ejercicio de las actividades económicas de los prestadores de servicios⁵³⁶. En este sentido, el principio de proporcionalidad actúa como parámetro de control de la actuación de las normas estatales, ocupándose de tutelar las libertades garantizadas por el derecho de la Unión frente a la intervención de los poderes públicos de los Estados miembros.

En base al principio de proporcionalidad y atendiendo a la relación causal medio-fin se analiza de una manera racional si una determinada medida estatal de protección de los trabajadores desplazados promueve, en mayor o menor medida, la realización de un determinado valor jurídico o interfiere, con mayor o menor intensidad, en las libertades comunitarias; siendo, por tanto, el resultado de su aplicación una cuestión de grado⁵³⁷. En esta labor, el principio de proporcionalidad sirve a dos finalidades. La primera dirigida al control de la legislación adoptada en ejecución de la Directiva 96/71/CE, evaluando los objetivos perseguidos por la norma de transposición en relación con las finalidades perseguidas por la Directiva. La segunda somete a escrutinio las medidas adoptadas por los Estados miembros que no transponen la Directiva, pero que suponen un obstáculo a las libertades comunitarias⁵³⁸.

Para tratar de facilitar un punto de equilibrio entre la libertad económica y el derecho social⁵³⁹, el TJCE se ha valido en numerosas ocasiones de este principio de proporcionalidad⁵⁴⁰. Principio que, por cierto, ha sido articulado en su jurisprudencia a partir una estructura argumental recurrente en la que se ha exigido el cumplimiento de forma acumulativa todos los criterios que lo integran.

⁵³⁵ STJCE 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (asunto C-113/89, RJ 1990 I-01417), apdo. 18.

⁵³⁶ De nuevo, M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 184.

⁵³⁷ C. Bernal Pulido, *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 44.

⁵³⁸ Para un estudio en profundidad sobre el principio de proporcionalidad véase, M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., pp. 247-302.

⁵³⁹ En este sentido se pronunció expresamente el TJCE en su sentencia de 18 de marzo de 2004, *Wolff / Müller* (asunto C-60/03), al declarar que “no existe una contradicción entre los objetivos de mantener la competencia leal y de garantizar la protección de los trabajadores, que pueden (y deben) ser perseguidos simultáneamente (véase el apdo. 42).

⁵⁴⁰ Aunque el juicio de proporcionalidad aparece recogido en jurisprudencia previa a la aparición de la Directiva 96/71/CE [sirvan de ejemplo, la STJCE de 17 de diciembre de 1981, *Webb* (asunto 279/80, RJ 1981 03305), apdo. 20; y la STJCE de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* (asunto 352/85, RJ 1988 02085), apdos. 32 y 33)], dado que nuestro análisis tiene como base dicha norma, entenderá el lector que las referencias jurisprudenciales que emplearemos desde este momento sean posteriores a su aparición.

En dicha jurisprudencia sobre desplazamiento de trabajadores se aprecia que este principio viene conformado principalmente por tres subprincipios: el principio de equivalencia, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, si bien éstos dos últimos se superponen en algunas ocasiones⁵⁴¹.

Antes de adentrarnos en el análisis de los elementos de razonamiento de los que se vale el TJUE en su proceder hermenéutico, resulta conveniente determinar el modo de concretar la finalidad de la medida objeto de control. Esto no sólo resulta necesario para valorar si la relación medio-fin de la norma guarda un equilibrio razonable en el seno del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino también para establecer su idoneidad y su carácter necesario. Debemos tener en cuenta que la finalidad que el interprete decida tomar en consideración condicionará posteriormente cada uno de los argumentos de ponderación sobre los que reposa el juicio de proporcionalidad⁵⁴². En esta materia, el TJUE ha sido claro: “la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general”⁵⁴³. A este efecto, el Tribunal de Justicia reconoce únicamente la protección de los trabajadores desplazados, no pudiendo tomarse en consideración otras finalidades y no pudiendo ir más allá de lo necesario para su consecución⁵⁴⁴.

Así pues, esa necesidad de existencia de razones imperiosas de interés general para que la limitación de la libre prestación de servicios sea posible obliga a los órganos judiciales nacionales a averiguar la verdadera finalidad que persigue la medida objeto de control. En ese sentido, resulta frecuente que las normas nacionales encargadas de transponer la Directiva 96/71/CE no manifiesten una única finalidad, sino varias a la vez, de modo que mientras unas podrían encajar en aquella noción, otras no. Esto ha llevado al TJUE a optar por una finalidad objetiva confiando a los tribunales nacionales la tarea de comprobar si la norma en cuestión favorece la protección de los trabajadores desplazados⁵⁴⁵. Para ello, esos tribunales tras el análisis “de conjunto” del nivel de

⁵⁴¹ Por ejemplo, en las STJCE de 3 abril 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06, RJ 2008 I-01989), apdo. 40; STJCE 21 octubre 2004, *Comisión/Luxemburgo* cit., apdo. 36; y STJCE de 19 enero 2006, *Comisión/Alemania* cit., apdo. 46. Estas referencias jurisprudenciales pertenecen a la obra de M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 251.

⁵⁴² M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 252.

⁵⁴³ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, RJ 1999 I-08453), apdo. 34.

⁵⁴⁴ En este sentido: sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., apdos. 34 y 35; Sentencia de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções* (asunto C-164/99, RJ 2002 I-00787), apdo. 19; Sentencia de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo* (asunto C-445/03, RJ 2004 I-10191), apdo. 21; Sentencia de 19 de enero de 2006, *Comisión/Alemania* (asunto C-244/04, RJ 2006 I-885), apdo. 31; Sentencia de 21 de septiembre de 2006 *Comisión/Austria*, (asunto C-168/04, RJ 2006 I-09041), apdo. 37; Sentencia de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros* (asunto C-515/08, RJ 2010 I-09133), apdo. 45; Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Comisión/Bélgica* (asunto C-577/10, publicación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2012:814), apdo. 44; y Sentencia de 3 de diciembre de 2014, *De Clercq y otros* (asunto C-315/13, no publicada aún en el RJ), apdo. 62.

⁵⁴⁵ STJCE 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, cit., apdo. 28; y STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, cit., apdos. 38-41.

protección dispensado al trabajador desplazado⁵⁴⁶, confrontarán las finalidades nacionales con las propias de la Directiva 96/71/CE⁵⁴⁷. De manera que cuando el nivel de protección socio-laboral establecido a nivel estatal exceda de lo que resulta necesario para garantizar un nivel aceptable de competencia leal y un cierto control sobre el *dumping* social⁵⁴⁸, éste resultará desproporcionado. Esto es, en caso de concurrencia de varias finalidades de diverso signo en la medida controvertida, sería suficiente con que una de ellas encajase en el concepto de “razones imperiosas de interés general”, para que las limitaciones impuestas a la libre prestación de servicios fueran aceptables desde el punto de vista del Derecho comunitario. En otras palabras, bastaría que uno de esos fines fuese la protección social de los trabajadores⁵⁴⁹.

Este análisis resulta además fundamental para el desarrollo del juicio de necesidad, pues en base a éste último se compararán medidas alternativas e igualmente idóneas para la consecución del bien jurídico perseguido, lo que en nuestro ámbito de estudio implica, como veremos, una opción preferente por la medida menos restrictiva para el desarrollo de la libertad fundamental de prestación de servicios.

Pero la posibilidad de que la libre prestación de servicios se vea limitada por razones imperiosas de interés general y, concretamente, por disposiciones que persigan una mayor protección social de los trabajadores desplazados, precisa de ulteriores comprobaciones. Así, es necesario que las normas examinadas superen además un control de proporcionalidad compuesto por tres niveles de análisis a los que aludimos anteriormente.

Mediante el *principio de mutuo reconocimiento o equivalencia* es posible determinar si el nivel de protección que el ordenamiento nacional pretende dispensar mediante las disposiciones que colisionan con la libre prestación de servicios está ya garantizado por

⁵⁴⁶ En este sentido, entre otras: STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni* (asunto C-165/98, RJ 2001 I-02189), apdo. 35 y 37; Sentencia de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, RJ 2001 I-07831), apdos. 49, 50 y 53.

⁵⁴⁷ S. Beltrán Miralles, *Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, Actualidad Laboral, Núm. 2, 2000, pp. 326-329.

⁵⁴⁸ Considerando 5 de la Directiva 96/71/CE.

Para diferenciarlo del *dumping* convencional, que implica la venta de productos en el extranjero a precios inferiores a los del mercado nacional, el *dumping* social se ha definido por la doctrina como “la reducción de costes sociales por medio de la opresión social más allá del nivel «natural», lo que favorece estrategias desleales de precios inferiores por parte de los competidores” (H. Grossman, G. Koopman, “Social standards in international trade: a new protectionist wave?”, en H. Sander y A. Inotai, *World Trade after the Uruguay Round. Prospects and policy options for the twenty-first century*, Routledge, London, 1996, p. 120). Dicha devaluación de los costes laborales se logra recurriendo a mano de obra con niveles de productividad y capacitación equiparables, pero cuya situación social desventajosa les lleva a aceptar condiciones laborales comparativamente inferiores.

⁵⁴⁹ N.M. Martínez Yáñez, “Antecedentes de la deriva social comunitaria respecto a los desplazamientos transnacionales: el asunto Finalarte Sociedade de Construção Civil (STJCE de 25 de octubre de 2001; asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98)”, en J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 236

la normativa del país de origen⁵⁵⁰. Así, la aplicación imperativa de la legislación laboral del lugar de prestación de servicios de los trabajadores desplazados sólo será posible en la medida en que las obligaciones que se pretenden imponer al prestador de servicios no se encuentren ya establecidas en su país de origen⁵⁵¹. Con esto se libera a los prestadores transnacionales de gastos y cargas administrativas adicionales que impidan el desarrollo de sus actividades⁵⁵².

El TJCE ha optado en esta materia por una “equivalencia flexible” al exigir que las normas del país de origen garanticen un nivel de protección laboral similar al del país de acogida. Esta fórmula de similitud supone el culmen de una intensa interpretación jurisprudencial por parte del TJCE⁵⁵³.

El siguiente paso en el control de la proporcionalidad de la medida consiste en la comprobación de su necesidad. El *juicio de necesidad* que propone el TJCE implica discernir si hay otros medios similares para alcanzar los objetivos propuestos que no

⁵⁵⁰ Denominación acuñada por M. López Escudero, *La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario*, Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, Serie D, Núm. 19, 1993, pp. 119-165.

⁵⁵¹ STJCE 21 octubre 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit., (apdo. 29) y STJCE de 19 de enero de 2006, *Comisión/Alemania*, cit. (apdo. 44).

⁵⁵² Como advierten A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo*, Noticias de la Unión Europea, Núm. 186, CISS, Valencia, 2000, p. 88: la adaptación por parte de los operadores transnacionales a la normativa de cada mercado nacional “supone un coste económico muy elevado que perjudica la libre circulación de factores productivos”. Precisamente para evitar este efecto se procura una aproximación de legislaciones de modo que exista un mismo estándar de acceso a cada mercado nacional. De esta forma, las condiciones para el acceso al mercado serán equivalentes —no necesariamente iguales— en todos los Estados miembros.

⁵⁵³ En los inicios, la prohibición de doble imposición de obligaciones legales quedaba integrada en el marco del principio de no discriminación. Concretamente, en la STJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenne* (asuntos acumulados 62 y 63/81, RJ 1982 00027) una situación de doble cotización se asimila a una discriminación indirecta de los operadores externos.

No será hasta la STJCE de 28 marzo 1996, *Guiot* (asunto C-272/94, RJ 1996 I-01905) cuando el Tribunal contemple la posibilidad de equivalencia entre la normativa del país de origen y la del país de destino aunque la protección efectivamente ofrecida no sea la misma. (apdos. 16 y 17). Este pronunciamiento introducirá el parámetro valorativo de “la finalidad perseguida por la norma”, pero no será finalmente incluido en el fallo.

Más adelante, en el asunto *Arblade*, cit., el TJCE sí fijó expresamente un criterio de equivalencia flexible de regímenes jurídicos basado en la finalidad de la norma objeto de control (véase el apdo.3). Esta sentencia vino a consolidar el criterio esbozado en la sentencia *Guiot*, al recoger expresamente en el fallo que es suficiente para dar por cumplido el principio de mutuo reconocimiento que las legislaciones de ambos Estados persigan los mismos objetivos, aunque los medios empleados y el nivel de protección sean dispares (apdos. 48 y 49).

Con la STJCE de 19 junio 2008, *Comisión/Luxemburgo* (asunto C-319/06, RJ 2008 I-04323) el principio de mutuo reconocimiento alcanza su máximo aplicativo, extendiendo la doctrina de remoción de obstáculos al derecho adoptado en transposición de Directivas. El Tribunal considera que tales normas tienen el efecto de “someter a las empresas que desplazan trabajadores a una obligación a la que ya están sujetas en el Estado miembro en que se hallan establecidas, de forma que tales obligaciones, emanadas de la transposición de dichas Directivas, pueden obstaculizar las actividades de las empresas que deseen desplazar trabajadores, disuadiéndolas de ejercer su libertad de prestación de servicios” (apdos. 41 y 58).

Llobera Vila realiza un estudio detallado y profundo de este principio en: M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit., p. 289-302.

supongan un freno para la libre prestación de servicios en cualquiera de los Estados miembros⁵⁵⁴. Corresponderá de nuevo al órgano judicial nacional la determinación de tal circunstancia.

Apuntábamos antes que en el desarrollo de este criterio, la medida alternativa sujeta a comparación debe tener, al menos, el mismo grado de idoneidad para la consecución del bien jurídico perseguido que la medida objeto de control. No obstante, el Tribunal de Justicia adopta un criterio un tanto flojo a la hora de equiparar el nivel idoneidad de dichas medidas. En este sentido, se establece una regla jurídica por la que la medida objeto de control ha de ser rechazada si existe una manera menos restrictiva e igualmente eficaz para lograr el objetivo perseguido⁵⁵⁵. *Ergo*, caso de existir un medio alternativo más “benigno” que la medida pretendida, ése será el que adquiera la condición de necesario.

El test de control defendido por el TJCE finaliza con un *análisis de la proporcionalidad en sentido estricto*, en el que se examina si la relación entre los costes y los beneficios de una norma guarda o no un equilibrio razonable. Esto es, se trata de verificar que la medida es adecuada para alcanzar el fin perseguido y no va más allá de lo necesario⁵⁵⁶.

En ese juicio de ponderación entre la finalidad perseguida por la norma y el sacrificio impuesto se valorará tanto el nivel de protección del bien jurídico en juego⁵⁵⁷, como el alcance real de la medida objeto de control, desarrollado a través de la doctrina de la ventaja social significativa.

Atendiendo al primero de los parámetros se comprobará que el tipo de medidas contempladas por la normativa en cuestión es adecuado para conseguir los fines perseguidos. Es decir, que hay una relación razonable entre los medios y los fines. Para ello, el TJUE pondera la restricción impuesta por la medida objeto de control en relación con la finalidad perseguida por ésta. Así, cuanto mayor sea la restricción en el parámetro de control, mayor debe ser la importancia de la finalidad perseguida. En aquellos supuestos en los que la falta de proporción entre la protección y la restricción implique un sacrificio excesivo e innecesario para las libertades comunitarias se rechazará la aplicación de la norma nacional, salvo que se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (tal y como establece el TJCE)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ N.M. Martínez Yáñez, “*Antecedentes de la deriva social comunitaria respecto a los desplazamientos transnacionales*”, cit., p. 240.

⁵⁵⁵ Véanse STJCE de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit., apdo. 46 y STJCE de 21 de septiembre de 2006, *Comisión/Austria*, cit., apdo. 52.

⁵⁵⁶ M.E. Casas Baamonde, *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, Relaciones Laborales, Tomo I, 2004, pp. 141 y ss.

⁵⁵⁷ Que en el ámbito del desplazamiento de trabajadores viene constituido por las libertades comunitarias, siendo la finalidad nacional una posible causa de excepción.

⁵⁵⁸ En este sentido, en la STJCE de 3 abril 2008, *Rüffert*, cit., el Tribunal desarrolla – de la mano un análisis de la Directiva 96/71/CE (apdos. 17 a 35 de la sentencia)- un juicio completo de la finalidad de una norma nacional en relación al artículo 56 TFUE. En este caso, la medida alemana objeto de control

Por lo que respecta al segundo criterio, relativo a la valoración del alcance real de la medida objeto de control, es preciso comprobar si dichas disposiciones suponen, para los trabajadores afectados, una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social, a partir de un ejercicio de comparación entre las condiciones de trabajo del país de origen y de destino. En dicha ponderación se han de incluir también las cargas administrativas y económicas que se imponen a los prestadores de servicios con arreglo a la normativa del lugar de la prestación. De manera que, en ausencia de una verdadera protección adicional⁵⁵⁹ (se entiende para los trabajadores desplazados) otorgada por la medida objeto de control no será posible gravar al prestador transnacional con requisitos adicionales.

Esta breve⁵⁶⁰ exposición de las claves ofrecidas por el TJCE para determinar en qué supuestos las normas nacionales que persiguen la protección social de los trabajadores pueden llegar a limitar de manera legítima la libre prestación de servicios, evidencia que las mismas se configuran como orientaciones para los órganos judiciales internos, a quienes corresponde, en definitiva, llevar a cabo este examen.

2. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL

A la hora de identificar el Derecho aplicable a una prestación de servicios transnacional resulta necesario que previamente seleccionemos el texto normativo al que hay que acudir para localizar los criterios que determinan dicha solución. Y es que, además de

otorgaba una elevada protección a los trabajadores desplazados, al garantizarles prácticamente el doble del salario de origen. Sin embargo, señala este tribunal que dicha norma salarial no responde a un interés general puesto que establece condiciones de trabajo sólo en una parte de la actividad económica (en concreto para los trabajadores desplazados empleados en el marco de contratos públicos) y no se extendía a todos los sectores productivos: “no se entiende que la protección que resulta de la cuantía del salario, por encima del salario mínimo, sólo le resulte necesaria a un trabajador del sector de la construcción cuando éste esté empleado en un contrato público de obras y no cuando lo está en un contrato privado” (apartados 39 y 40).

En este sentido, no existe un de interés general susceptible de intervenir en el ámbito de protección de las libertades fundamentales. Por tanto, la norma alemana no merece constreñir las libertades comunitarias: “Por todo ello, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 del Tratado (actual artículo 56 TFUE), se opone a *este tipo de medida legal*” (apdo. 43. La cursiva es propia. En el cuerpo de la sentencia se detalla el contenido de la medida).

⁵⁵⁹ STJCE 12 octubre 2004, *Wolff & Muller*, cit., (apdo. 38), STJCE de 24 enero de 2002, *Portugaia Construções*, cit. (apdo. 28), y STJCE 25 octubre 2001, *Finalarte*, cit. (apdo. 41).

⁵⁶⁰ Con la utilización de este calificativo no pretendemos más que evidenciar que nos encontramos ante una materia extensa que ha generado numerosos y profundos estudios. Sirvan de ejemplo, además de las ya referenciadas, los estudios realizados por: E. Terradillos Ormaetxea, *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999; y M. Guzmán Zapater, *El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario?*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Núm. 3, 1998, pp. 137-170. Todas estas referencias nuevas han sido obtenidas de la obra de M. Llobera Vila, *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, cit.

las soluciones al conflicto de Derecho aplicable que contemplan los ordenamientos nacionales, hay textos normativos internacionales que se ocupan de la misma cuestión y que, por regla general, contienen disposiciones de aplicación general que trascienden la orientación nacionalista⁵⁶¹ de las normas de origen interno—caso de los arts. 10.6 del CC y 1.4 del ET—, pues determinan la aplicación de la legislación con la que la relación jurídico-laboral presente los vínculos más estrechos.

Es más, la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la solución de conflictos de leyes derivados de una relación laboral con elementos de extranjería ha sufrido acusados retrocesos por efecto de la aprobación y entrada en vigor de determinados Tratados internacionales en la materia. De entre todos ellos, el más significativo⁵⁶² en materia de relaciones de trabajo fue el protagonizado por el Convenio de Roma, adoptado por la comunidad internacional en aras a la unificación de los distintos sistemas de solución de conflictos de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales⁵⁶³, y sustituido en 2008 por el conocido como Reglamento Roma I⁵⁶⁴.

3.1 NORMATIVA INTERNACIONAL: EL REGLAMENTO ROMA I

El análisis de esta norma comunitaria debe iniciarse desde una premisa que resulta, si se nos permite, fundamental, cual es el contexto europeo en el que se inscribe: el de la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia⁵⁶⁵.

Para cumplir este objetivo, la Unión Europea comenzó a implantar un conjunto de medidas tendentes a optimizar la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza; siendo especialmente relevantes aquellas que contribuían a la unificación normativa en materia de competencia judicial internacional y de Ley aplicable a las obligaciones internacionales⁵⁶⁶.

El primer paso vino de la mano del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia

⁵⁶¹ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 138, habla de la orientación “reduccionista” de las normas nacionales.

⁵⁶² Véase, A.L. Calvo Caravaca, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, Núm. 2, p. 3.

⁵⁶³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), DOUE L 266, de 9 de octubre de 1980. Entró en vigor el 1 de abril de 1991 (Comunicación del Consejo 91/C52/01). En nuestro país entró en vigor el 1 de septiembre de 1993 (Instrumento de ratificación, de 7 de mayo de 1993, del Convenio de 18 de mayo de 1992, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993)).

⁵⁶⁴ Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L177, de 4 de julio de 2008).

⁵⁶⁵ Véase Considerando 1 del RRI.

⁵⁶⁶ Considerando 2 del RRI.

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵⁶⁷. Posteriormente con el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁵⁶⁸ se alcanzó el segundo escalón del objetivo perseguido por la Unión Europea. Sin embargo, el mercado interior seguía necesitando algo más: la unificación de los distintos sistemas de solución de conflictos normativos en el ámbito de las obligaciones contractuales; de manera que resultara posible que, con independencia del juez del Estado miembro donde se iniciara el proceso litigioso, la designación de la Ley nacional aplicable a un contrato en el que intervenían elementos extranjeros fuese la misma. Precisamente para satisfacer esta necesidad nació el RRI, que vino, además, a cerrar el triángulo normativo comunitario iniciado con el RBI y ubicado dentro del proceso de codificación del derecho europeo para mejorar la transparencia y coherencia interna del acervo comunitario⁵⁶⁹.

En ese sentido, la aplicación del Reglamento (CE) n° 593/2008 supuso la efectiva modernización de las normas sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el seno de la Unión Europea. Tras la expresa atribución de competencia a la Unión en esta materia, de acuerdo con lo dispuesto en la actualidad en el artículo 81 del TFUE y previamente en el artículo 65 del TCE, se adoptó este instrumento jurídico que unificó las reglas de conflicto en materia contractual en todos los Estados miembros (con excepción de Dinamarca), evitando así las carencias propias de la utilización de un convenio internacional como mecanismo de uniformización entre los Estados miembros⁵⁷⁰.

Pues bien, tomando como base la premisa con la que iniciábamos este epígrafe, son varias las contribuciones que hace el RRI al correcto funcionamiento del mercado interior. En primer lugar, el aumento de la previsibilidad de la ley que se aplicará al contrato internacional permite al contratante anticipar su comportamiento, adoptando

⁵⁶⁷ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L12, de 16 de enero de 2001). Este Reglamento ha sido sustituido por el Reglamento (Unión Europea) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012), que entró en vigor el 10 de enero de 2015; y que, a su vez, ha sido modificado por el Reglamento (Unión Europea) n° 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux (DOUE L 163, de 29 de mayo de 2014).

Sobre la relación entre el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I puede verse: F. Pocar, "Some remarks on the relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations", en F. Ferrari y S. Leible (Eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 343- 348.

⁵⁶⁸ DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

⁵⁶⁹ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de noviembre de 2001, sobre la codificación del acervo comunitario [COM (2001) 645 final] (no publicada en el DOUE). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0645:FIN:EN:PDF>

⁵⁷⁰ P.A. De Miguel Asensio, *Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea*, Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado, Núm. 29, septiembre 2011, pp. 68.

decisiones que vayan en la misma línea de la ley que será la encargada de regir los destinos del contrato⁵⁷¹. En segundo término, esta norma brinda seguridad acerca de la ley aplicable al contrato internacional evitando el *forum shopping*, puesto que la norma designada para regular el contrato será siempre la misma, sin tener en consideración el juez del Estado miembro que dirima el litigio. En consecuencia, el mercado interior se beneficia de la seguridad jurídica internacional que garantiza este Reglamento cuando impide que la discrecionalidad interpretativa o el uso abusivo por parte del juez que lleva el caso, rompa la armonía de la Unión Europea designando una Ley distinta de la que hubiese determinado otro juez de un Estado miembro⁵⁷².

Por otro lado, el RRI también favorece el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; lo que a la postre beneficia la libre circulación de resoluciones judiciales en el interior de la Unión Europea. Y es que en base a la determinación uniforme de la ley aplicable, un Estado miembro admitirá sin dilaciones el reconocimiento y la ejecución de una providencia dictada por el juez de otro Estado miembro, ya que ésta ha sido resuelta con la Ley que cualquier otra autoridad judicial de la Unión hubiese utilizado.

Por todo esto es posible afirmar que este Reglamento ha contribuido de manera significativa a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea⁵⁷³.

3.1.1 Caracteres

El primero de los aspectos que caracterizan a esta norma es que, al igual que ocurría con el RBI, el RRI no contiene normas materiales que den solución directamente al conflicto jurídico internacional. Su labor es la de determinar la Ley estatal aplicable al contrato, como norma de conflicto que es. De manera que la solución ofrecida será igual para todos los Estados miembros de la Unión Europea, (salvo las excepciones que veremos más adelante); garantizándose, como acabamos de indicar, la previsibilidad del Derecho a aplicar.

Por otro lado, nos encontramos ante un Reglamento que se aplica de oficio por todos los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁷⁴. Por lo tanto, los operadores jurídicos deben aplicarlo aunque las partes del litigio no lo hayan solicitado, o cuando

⁵⁷¹ A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, cit., p. 617; M. Guzmán Zapater, *El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo: Régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo*, Aranzadi civil: revista quincenal, Núm. 2, 2009, pp. 2257-2286.

⁵⁷² J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p.63.

⁵⁷³ A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, cit., p. 617.

⁵⁷⁴ C. LLorente Gómez de Segura, *Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, Núm. 2, 2009, p. 163.

erróneamente soliciten la aplicación de una normativa distinta⁵⁷⁵. Característica ésta que enlaza con la siguiente. Y es que otro de los rasgos más característicos de este Reglamento es precisamente que pertenece al Derecho de la Unión Europea en estricto sentido.

Debemos tener en cuenta que uno de los principales motivos por los que se abandonó el CR fue la necesaria introducción al Derecho propio de la Unión Europea de las normas sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales. El RRI, en tanto que Reglamento de la Unión Europea, es obligatorio y directamente aplicable a todos los Estados miembros de la unión -salvo los Estados que ejercieron su Derecho de *opt-out* como el caso de Dinamarca⁵⁷⁶- sin necesidad de ratificación por el poder legislativo de los Estados miembros⁵⁷⁷.

Esa introducción al Derecho propio de la Unión Europea supone además otra característica especial del RRI: su sencilla posibilidad de reforma. Y es que, al tratarse de un reglamento, su proceso de modificación es mucho más expedito que el de un Convenio Internacional, toda vez que no resulta necesaria la aprobación de todos los Estados de la Unión Europea para introducir cambios en el texto reglamentario⁵⁷⁸.

3.1.2 Ámbito de aplicación espacial

Tal y como establece el artículo 2 RRI, este Reglamento constituye una normativa obligatoria para las autoridades administrativas u órganos judiciales de cualquier Estado de la Unión Europea (salvo Dinamarca), con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de las partes que concluyan un contrato internacional; incluso aunque la ley finalmente competente para regular este último sea la de un Estado extracomunitario. Es decir, siguiendo la literalidad del precepto nos encontramos ante una norma de aplicación universal; lo que unido a las propias características de los reglamentos comunitarios hace que nos encontremos, además, ante una disposición de

⁵⁷⁵ J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, cit., p. 65.

⁵⁷⁶ Si bien el Reino Unido no participó en la adopción del Reglamento, por lo que en principio no le era de aplicación (considerando 45 de la exposición de motivos), el 24 de julio de 2008 notificó formalmente a la Comisión su deseo de aceptar el Reglamento y de participar en él (Documento 2007/0282 (COD)). Como consecuencia de ello, se adoptó la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008, mediante la que se estableció que el Reglamento Roma I también se aplicaría en el Reino Unido (Decisión (2009/26/CE), DOUE L 10, de 15 de enero de 2009).

Como ya resultaba habitual en este tipo de normas, de acuerdo con el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TCEE, Dinamarca no está vinculada por el Reglamento ni le es aplicable (considerando núm. 46 de la exposición de motivos). Es más, a diferencia del Reino Unido e Irlanda (artículos 3 y 4 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al TUE y al TCEE), Dinamarca no tiene la facultad de poder ejercer un *opt-in* y quedar vinculada.

⁵⁷⁷ *Ibidem*.

⁵⁷⁸ A. Bonomi, *The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations- Some General Remarks*, Yearbook of Private International Law, Vol. X, Sellier, European Law Publishers, 2008, p. 167.

carácter general, obligatoria en todos sus elementos y de aplicación directa⁵⁷⁹. De manera que para determinar el régimen aplicable por los tribunales o autoridades de un determinado Estado es irrelevante que los otros ordenamientos con los que esté vinculado el contrato litigioso sean o no de Estados miembros⁵⁸⁰. Sin embargo, debemos matizar este planteamiento, pues existen varios casos que merecen una atención especial. Nos referimos a los territorios de ultramar, Dinamarca, Reino Unido e Irlanda.

Por lo que respecta al primero de los casos referidos debemos partir de la propia orientación contenida en el RRI, cuyo artículo 24.1 señala que el RRI sustituirá al CR, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados (...) a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado (TCE)⁵⁸¹. De manera que para ellos seguirá vigente el CR.

En relación a Dinamarca, tal y como se recoge en el Considerando 46 del propio RRI, no participó en la adopción del Reglamento, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TFUE. Motivo por el que este país no está vinculado por el mismo, ni sujeto a su aplicación⁵⁸²; rigiéndose en esta materia por el CR⁵⁸³.

Esta circunstancia nos lleva a plantearnos el sentido del artículo 25.1 del propio Reglamento que establece que “no afectará” a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de su adopción, y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales. Tras su lectura, no parece erróneo poner en tela de juicio la pretendida unificación del RRI en materia de ley aplicable. No obstante, a esta cuestión le vamos a dedicar un apartado propio.

Por su parte, el Reino Unido, a pesar de no haber apoyado la Propuesta del Reglamento

⁵⁷⁹ Artículo 288 TFUE: “ Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro....”

⁵⁸⁰ P.A. De Miguel Asensio, *Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea*, cit., p. 69.

Debemos tener presente la indicación contenida en el artículo 1.4 del RRI: “a los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro» todos los Estados miembros a los que se aplica el presente Reglamento”. Sin embargo, en el artículo 3.4 –relativo a las reglas aplicables en materia de libertad de elección de ley aplicable–, y en el artículo 7 –sobre soluciones al conflicto de Derecho aplicable en contratos de seguro–, el término «Estado miembro» designa a todos los Estados miembros (salvo Dinamarca).

⁵⁸¹ Actuales artículos 349 y 355 TFUE: Aruba, Antillas neerlandesas, Curaçao (Países Bajos), San Martín (Países Bajos), Islas Feroes (Dinamarca), Saint-Pierre y Miquelon (Francia), San Bartolomé (Francia), la Polinesia francesa, Wallis y Futuna (Francia), y Nueva Caledonia (Francia).

⁵⁸² Véanse los Protocolos N° 16 y N° 22 sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca (DOUE C 326/287, de 26 de octubre de 2012).

⁵⁸³ Sobre la situación en que queda Dinamarca, véase. O. Lando y P.A. Nielsen, *The Rome I Regulation*, *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 1689-1690.

por la preocupación que le produjo algunos aspectos puntuales de la misma⁵⁸⁴, siguió participando en las negociaciones posteriores. El Gobierno del Reino Unido entendió que, de seguir manteniendo una posición contraria, perjudicaría enormemente a las empresas Británicas, pues supondría un atraso respecto a los demás miembros de la Unión Europea en cuanto a la unificación de las disposiciones de DIPr; especialmente, porque en ese momento ya le eran aplicables el Reglamento 44/2001 y el RRII⁵⁸⁵.

Por ello, en el año 2008 el propio Ministro de Justicia puso en marcha un proceso de consulta en el que recomendaba el *opt-in* al RRI, sobre la base de varios cambios introducidos en la redacción final del documento⁵⁸⁶. Y como cabía esperar, este proceso culminó con la notificación formal del Reino Unido de aceptar y participar en el Reglamento⁵⁸⁷ y con su aprobación por parte de la Comisión⁵⁸⁸.

El último caso planteado es completamente diferente a los anteriores. La singularidad a la que hacíamos referencia antes en relación a Irlanda viene referida a que tratándose de un Estado miembro que, al igual que el Reino Unido, pudo ejercitar la cláusula *opt-out*

⁵⁸⁴ Entre otros aspectos merecen ser mencionados tanto el artículo 4 de la Propuesta que eliminaba la cláusula de escape contenida en el CR, como el artículo 8.3 de la Propuesta, que trataba sobre las leyes de policía y que era idéntico al artículo 7.1 CR, al que el propio Reino Unido había tachado de ser una disposición que generaba incertidumbre (motivo por el que ya entonces se reservó el Derecho de aplicarlo). Este último aspecto fue probablemente el que más influyó para que el Reino Unido utilizara su facultad de *opting-out* en el RRI, tal y como fue puesto de manifiesto en algunos pronunciamientos: “*The Article 8(3) introduces an unacceptable degree of legal uncertainty. In addition to increased legal costs and litigation, it could lead to the loss to other jurisdictions, probably New York, of significant volumes of international contract business such as commercial and governmental securitisations*” (texto perteneciente a la Carta enviada por la Baronesa Ashton de Upholland, Subsecretaria parlamentaria de Estado a Lord Grenfell, Presidente del Comité Selecto de la Cámara de los Lores en Europa, de 16 de mayo de 2006. Disponible en A. Dickinson, *Third-country mandatory rules in the law applicable to contractual obligations: so long, farewell, aufwiedersehen, adieu?*, Journal of private international law, Vol 3, Núm.1, Abril 2007, p. 54.).

Véase también la respuesta del Gobierno de Reino Unido a la consulta de la Comisión europea sobre la conversión del CR en Reglamento comunitario. Disponible en:

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/united_kingdom_en.pdf

⁵⁸⁵ H. Muir Watt, “*Party Autonomy*” in *international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance*, European Review of Contract Law, Vol. 6, Núm. 3, 2010, pp. 250 y 251 (nota a pie núm. 1).

⁵⁸⁶ Véase, *Rome I: should the UK opt in?* Documento de consulta del Ministerio de Justicia del Gobierno de Reino Unido (CP 05/08).

⁵⁸⁷ Documento 2007/0282 (COD), de 24 de julio de 2008. Disponible en:

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2012143%202008%20INIT>

Véase también, el Comunicado de prensa de la Sesión n.º 2887 del Consejo de la Unión Europea, celebrado en Bruselas los días 24 y 15 de julio de 2008 (11653/08), p. 25.

En general sobre el proceso de adopción del RRI, véase A. Bonomi, *The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations- Some General Remarks*, cit., pp. 165-167.

⁵⁸⁸ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008, mediante la que se estableció que el Reglamento Roma I también se aplicaría en el Reino Unido (Decisión (2009/26/CE), DOUE L 10, de 15 de enero de 2009).

Véase también, la Opinión de la Comisión, de 7 de noviembre de 2008, sobre la solicitud del Reino Unido para aplicar el RRI (COM(2008) 730 final. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0730:FIN:EN:PDF>

para la que está habilitado⁵⁸⁹, no lo hizo; mostrando desde el comienzo de las negociaciones su predisposición de aceptar y aplicar el RRI, tal y como lo recoge el Considerando 44 del propio Reglamento⁵⁹⁰. En consecuencia, el RRI tiene plena vigencia en el territorio de este país.

a) El RRI y otros convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual

Veámos como el artículo 25.1 RRI cede ante aquellos convenios internacionales que regulan conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que han sido celebrados antes de su adopción. Pues bien, esta disposición –bautizada por algunos como “cláusula de salvaguardia o de compatibilidad”⁵⁹¹– no hace sino perpetuar, aunque con algunas diferencias importantes, una solución ya presente en el CR⁵⁹².

La razón de esta postura que parece quebrar la pretendida unificación del RRI se contiene en la propia norma. En efecto, el preámbulo del Reglamento esclarece que si bien “deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto, así como las diferencias entre esas normas”⁵⁹³, “el respeto de los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros implica que el presente Reglamento se entienda sin perjuicio de los convenios internacionales de los que son parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento”⁵⁹⁴. Para la Unión Europea los Convenios internacionales firmados individualmente por los Estados miembros constituyen un marco jurídico de cooperación con los países por fuera de las fronteras de la Unión. Y, aunque pudiesen ser considerados como un impedimento en la construcción normativa a nivel de la Unión Europea, la verdad es que ese marco jurídico representa muchos beneficios, pues teniendo en cuenta que las relaciones exteriores unificadas se encuentran en un proceso de formación, y mientras se logra consolidar unas relaciones internacionales de DIPr propias de la Unión Europea, los Convenios internacionales firmados individualmente

⁵⁸⁹ Protocolos 4 y 5 anexos al TUE y al TCE.

⁵⁹⁰ “De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento”.

⁵⁹¹ Por todos, P. Franzina, *Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*, Cuadernos De Derecho Transnacional, Vol. 1, Núm. 1, 2009, p. 94.

⁵⁹² Artículo 21: “El presente Convenio no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte”. La disposición del CR es diferente de la del RRI desde dos puntos de vista: por un lado, su ámbito de aplicación no está confinado a los convenios “que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”; por otro lado, los convenios que se benefician de la “compatibilidad” son, según el CR, los convenios anteriores así como los posteriores.

⁵⁹³ Considerando 40 RRI.

⁵⁹⁴ Considerando 41 RRI. Es más, de acuerdo con el considerando 40, “el Reglamento no debe excluir la posibilidad de incluir normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones contractuales en disposiciones de Derecho comunitario en relación con materias específicas”.

por los Estados miembros constituyen una excelente vía de cooperación internacional⁵⁹⁵.

En cualquier caso, en el ámbito de los supuestos de prestación temporal de servicios en el extranjero, no procede, de momento, el desplazamiento del RRI, pues no constan convenios internacionales en la materia de los que España sea parte⁵⁹⁶. Ahora bien, de acuerdo ahora con su Considerando 42, sería posible que la aplicación de este Reglamento se viera desplazada por un futuro acuerdo en la materia entre nuestro país y otro u otros países no comunitarios en el que se incluyeran disposiciones sobre legislación aplicable, “autorizado en casos particulares y excepcionales de acuerdo con los procedimientos y condiciones que la Comisión está llamada a proponer al Parlamento Europeo y al Consejo”⁵⁹⁷.

3.1.3 Ámbito temporal

Tal y como establece su artículo 28, el RRI se aplica a los contratos internacionales concluidos con posterioridad al 17 diciembre 2009⁵⁹⁸. Y, al igual que su antecesor, no tiene carácter retroactivo⁵⁹⁹, de manera que para aquellos contratos celebrados con anterioridad a esa fecha habrá de acudirse a las disposiciones contenidas en el CR.

Ese criterio temporal repercute, como vamos a ver a continuación, en las normas conflictuales de origen interno contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales de

⁵⁹⁵ P. Franzina, *Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*, cit., p. 96.

⁵⁹⁶ Dicho desplazamiento sí se produce, por ejemplo, en materia de compraventa, pues España es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991).

⁵⁹⁷ Cuando la Unión Europea, para llevar a cabo alguna política que se encuentra contemplada en el TUE, dispone la adopción de normas uniformes, cada Estado individualmente considerado pierde la competencia para realizar acuerdos con terceros Estados sobre esa misma materia. Por ello, la adopción de Convenios internacionales sobre Ley aplicable a los contratos internacionales donde se utilice la “técnica de conflicto de leyes”, pasa a ser de competencia exclusiva de la comisión. Esto se traduce en que ningún Estado miembro puede adquirir compromisos unilaterales con otro Estado al margen de la Unión Europea. No obstante, los Estados pueden conservar en circunstancias excepcionales y bajo unas condiciones y procedimientos establecidos, la facultad de celebrar “acuerdos sectoriales” con terceros países que contengan normas sobre conflicto de leyes en materia de contratos, siempre y cuando, no se vea afectado el interés de la Unión (Considerando 4 del Reglamento (CE) 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, DOUE L 200, de 31 de julio de 2009).

Sobre el tema, A. Borrás, *Un nuevo marco jurídico para la conclusión de convenios de derecho internacional privado entre estados miembros y terceros estados en materias "comunitarizadas"*, Noticias de la Unión europea, Núm. 315, 2011, p. 121.

⁵⁹⁸ Artículo 29 del RRI. Ahora bien, la aplicación de este Reglamento se adelanta al 17 de junio de 2009 en relación a su artículo 26, que dispone que “1. A más tardar el 17 de junio de 2009, los Estados miembros notificarán a la Comisión, los convenios a que se refiere el artículo 25.1 (...)”.

⁵⁹⁹ Artículo 24 del RRI.

los Estados miembros.

a) *La incidencia del RRI en las reglas internas españolas sobre Derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.*

El artículo 149.1.8ª de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las normas para resolver los conflictos de leyes y determinar las fuentes del Derecho. Competencia que, en el ámbito de nuestro Derecho común, se encuentra desarrollada en los arts. 8 a 12 del CC; concretamente, en materia de determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, los arts. 10.5 y 10.6 del CC constituyen las disposiciones de referencia⁶⁰⁰.

El primero de estos preceptos está dedicado a establecer las reglas generales para la solución del conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales⁶⁰¹. Mientras que el artículo 10.6 del CC es la disposición específica encargada en nuestro Derecho de dar solución al conflicto de ley aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, desplazando por su especialidad la aplicación del apartado anterior. Este precepto, que reduce a dos las soluciones al conflicto de Derecho aplicable –ley designada por las partes⁶⁰² y, en su defecto, *lex loci laboris*- pone en evidencia la limitada configuración de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable en relación a las situaciones de movilidad geográfica internacional de trabajadores⁶⁰³. Lo que puede provocar que la relación laboral se rija por un ordenamiento jurídico con el que tiene una conexión débil y circunstancial como es el del lugar de prestación de servicios. Situación que, en palabras de Molina Martín, podría haberse evitado si el artículo 10.5 del CC – que establece soluciones más flexibles y adecuadas- fuera de aplicación general a todas las obligaciones contractuales, o si al menos el artículo 10.6 del CC hubiera previsto otros puntos de conexión alternativos⁶⁰⁴.

No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico interno, las normas sobre determinación del derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo no se limitan a lo dispuesto en el artículo 10.6 del CC. Con la entrada en vigor del ET dicha configuración se vio alterada desde el momento en que su artículo 1.4 disponía una solución propia y distinta al problema de la ley aplicable al supuesto de trabajo prestado por trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en

⁶⁰⁰ Dentro del apartado “normas de Derecho Internacional Privado” del Capítulo IV del Título Preliminar.

⁶⁰¹ “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.”

⁶⁰² Sin perjuicio de la aplicación de las leyes penales, de policía y de seguridad pública, que, en virtud del artículo 8.1 del CC, “obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

⁶⁰³ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 126.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 127.

el extranjero⁶⁰⁵.

Siguiendo de nuevo a Molina Martín, basta una lectura del artículo para advertir que, a pesar de su ubicación sistemática, no regula el régimen jurídico-laboral de la movilidad geográfica internacional de trabajadores. Ni siquiera es una norma de carácter propiamente laboral que discipline las condiciones de trabajo en estos supuestos de trabajo transnacional. Se trata de un precepto que se inserta en el clausulado del ET, pero que tiene naturaleza de norma privada internacional, puesto que determina una solución al conflicto de Derecho aplicable cuando se presentan litigios en el ámbito del trabajo prestado por un trabajador español contratado en España al servicio de una empresa española en el extranjero⁶⁰⁶.

Tras este apunte, queda claro que la existencia de dos soluciones -en los arts. 10.6 del CC y artículo del 1.4 ET- para el mismo tipo de conflicto de leyes resulta incompatible. Mientras que el legislador civil opta por la aplicación, en primer lugar, de la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar donde se presten los servicios (modulada por las normas españolas de orden público), el legislador laboral dispone una única solución opuesta y unidireccional: la aplicación de la ley española en consonancia con las normas de orden público del país en el que se presten los servicios, sobre la base de que la legislación española es la que presenta los vínculos más estrechos con la relación de trabajo -porque el trabajador y el empleador son de nacionalidad española y España es el lugar de contratación-.

No vamos a dedicarnos aquí a analizar la relación entre ambos preceptos⁶⁰⁷, pero sí vamos a aclarar si el RRI ha derogado implícitamente ambas disposiciones, convirtiéndose en la única norma para determinar el Derecho aplicable a los desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

Por lo que respecta a las disposiciones nacionales de DIPr en materia de derecho aplicable a las obligaciones contractuales -léanse, artículo 10.5 del CC, en general, y artículo 10.6 del CC, para contratos de trabajo-, es evidente que se vieron afectadas en su vigencia y aplicabilidad por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del CR, primero, y del RRI después.

El hecho de que dichas disposiciones nacionales gocen de la misma naturaleza que tienen estos textos normativos internacionales trae como consecuencia que su coexistencia resulte imposible. Por lo tanto, no cabe acudir a las soluciones que dispone,

⁶⁰⁵ “La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”.

⁶⁰⁶ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 128.

⁶⁰⁷ Para un estudio sobre esta relación véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 129-137.

en particular, el artículo 10.6 del CC cuando haya que determinar el ordenamiento jurídico que resulta aplicable a una relación de trabajo con elementos de extranjería.

Existe, no obstante, un caso en el que ello es posible, aunque no deja de ser una mera hipótesis a la vista de la condición que se requiere. Si tenemos en cuenta que la regulación contenida en el artículo 6 del CR era irretroactiva (lo que confirmaba el artículo 17 del CR al disponer que “se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado”), las reglas dispuestas en este precepto no eran de aplicación a los contratos suscritos antes del 1 de septiembre de 1993 (fecha de la entrada en vigor del CR en nuestro país), por lo que los conflictos normativos surgidos al amparo de esas relaciones de trabajo con elementos de extranjería se resolverían de acuerdo con el artículo 10.6 del CC.

Con la entrada en vigor del RRI (que desplazó las reglas sobre Derecho aplicable establecidas en el CR), esta posibilidad no se vio alterada toda vez que dicho desplazamiento venía referido a los contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2009⁶⁰⁸.

Por lo que respecta al artículo 1.4 del ET, la entrada en vigor y la consiguiente aplicación sucesiva del CR y del RRI en nuestro país no afectaría a la vigencia de dicho precepto por tratarse de disposiciones de distinta naturaleza jurídica. En efecto, el CR y el RRI se configuran como auténticas normas de conflicto multilaterales, toda vez que disponen un sistema de reglas alternativas y subsidiarias entre sí de cara a la resolución del problema de ley aplicable a las obligaciones contractuales que presenten elementos de extranjería, incluidas las derivadas de la relación individual de trabajo. El artículo 1.4 ET, sin embargo, tiene carácter de norma de extensión pues dispone, para el concreto supuesto que regula, una solución sustitutiva a las establecidas por dichos textos basada en razones de políticas legislativa y, sobre todo, en la especial conexión del supuesto de hecho con el ordenamiento jurídico nacional⁶⁰⁹.

Ahora bien, como señala una vez más Molina Martín, la adhesión del Reino de España a la Unión Europea produce un efecto principal, proclamado tanto por el Derecho originario como por los arts. 93 y 96 de la CE, cual es la integración del acervo comunitario en el ordenamiento jurídico nacional, con especial protagonismo en este punto de las disposiciones del Mercado Interior y las libertades comunitarias. En consecuencia, cuando se aborda el tema de la movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ámbito comunitario, nuestro posicionamiento tiene que situarse, como ya vimos en el primer capítulo, en la esfera de varias de tales libertades comunitarias. El

⁶⁰⁸ De manera que, el panorama de resolución de conflictos normativos quedaría configurado de la siguiente manera: artículo 10.6 CC para contratos suscritos antes del 1 de septiembre de 1993; CR para los firmados entre el 1 de septiembre de 1993 y el 17 de diciembre de 2009; y RRI para los posteriores al 17 de diciembre de 2009 (Véase, O. Fotinopoulou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, cit., p. 51).

⁶⁰⁹ Son palabras de J.C. Fernández Rojas y S. Sánchez Lorenzo que se citan en A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 150.

alcance y significado en el acervo comunitario de las libertades de circulación que se encuentran implicadas en este contexto ofrecen, en efecto, una nueva perspectiva que hay que contemplar⁶¹⁰.

El artículo 45.2 del TFUE, sobre la base del artículo 18, dispone que “la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”. Esta consagración del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito europeo, unida a la trascendencia que tienen los pronunciamientos del TJCE en la construcción del Mercado Interior y, en definitiva, de la unificación europea, conduce a concluir que la vigencia del artículo 1.4 del ET está sujeta a bastantes condicionantes que dificultan significativamente la defensa de su vigencia actual. Tan es así que el artículo 1.4 del ET mantiene su vigencia, en tanto norma de extensión y, por tanto, excepción al artículo 10.6 del CC, sólo cuando se trate de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo suscrito con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma en España. En consecuencia, cuando bajo tales circunstancias el trabajo se haya prestado por trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, será de aplicación la legislación laboral española, sin perjuicio de las normas de orden público del lugar de trabajo y respetando, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español⁶¹¹.

b) Un apunte de Derecho comparado: el caso de Reino Unido.

La repercusión que el CR, primero, y el RRI, después, han tenido en las normas sobre ordenación de conflictos legislativos de nuestro ordenamiento jurídico se reproducen en otros sistemas normativos nacionales, como es el caso del Reino Unido.

En efecto, la problemática que se suscita en nuestro Derecho interno se produce también en la normativa inglesa. La regla de conflicto dispuesta por el *common law* presentaba dos soluciones. En primer lugar, regiría la ley elegida por las partes, ya fuera de manera expresa o tácita. Y, en defecto de tal elección, el contrato se regulaba por la ley del país con el que presentara los vínculos más estrechos. Analicemos pues, aunque de manera breve, estas soluciones.

En relación a la autonomía de la voluntad, el derecho inglés le ofrece un gran protagonismo, dándole efecto a la intención expresada por las partes, aunque no haya ninguna conexión entre el objeto particular de la controversia y la ley elegida. Esta amplia libertad de elección queda sujeta, sin embargo, a varios condicionantes: en primer lugar, que las partes en el ejercicio de su elección actúen de buena fe; en segundo, que la elección no sea contraria al orden público del Estado cuyo Derecho resultase de

⁶¹⁰ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 151.

⁶¹¹ Sobre diferentes alternativas a la vigencia del artículo 1.4 ET véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 149 a 155.

aplicación en ausencia de elección; y, finalmente, que no exista una norma obligatoria que prohíba la contratación externa⁶¹².

En ausencia de elección expresa, será necesario acudir al contrato en cuestión para ver si en él se recoge alguna cláusula de foro en el que dirimir las posibles controversias derivadas del mismo; en el entendido de que de esta forma se produce una elección implícita de las partes. En ocasiones, esto ha sido interpretado por los tribunales ingleses como un indicador de peso del Derecho aplicable⁶¹³. En otras, sin embargo, se ha considerado que el hecho de que en un contrato se recoja algún tipo de cláusula de foro no puede ser el único factor a tener en cuenta a la hora de decidir qué derecho resultará de aplicación al asunto, por lo que habrán de tenerse en cuenta otras circunstancias como el lugar con el que el contrato presente vínculos más estrechos⁶¹⁴.

En tercer lugar, y una vez comprobada la inexistencia de una elección (expresa o tácita) de ley por las partes del contrato, el juez inglés ante el que se presente un asunto llevará a cabo un test objetivo en el que habrá de analizar los términos del contrato, así como las circunstancias que lo rodean⁶¹⁵ (por ejemplo, la residencia o la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración del contrato o el lugar de ejecución⁶¹⁶). De manera que, en defecto de elección de la ley aplicable, ha de aplicar la ley del país con el que, en función de dicho test- el contrato presente los vínculos más estrechos.

Presentadas las reglas que regían los contratos internacionales, incluido el contrato de trabajo internacional, debemos tener presente que, a diferencia del caso español, dado que en el *common law* no existía un precepto paralelo al artículo 1.4 ET, el enfrentamiento entre la solución ofrecida por el Derecho común y la especialidad del contrato de trabajo internacional se puso de manifiesto directamente por la jurisprudencia a partir de los años setenta⁶¹⁷. Desde este momento, la autonomía de la voluntad quedó sometida a una apuesta clara por el principio de territorialidad.

La preferencia por aplicar la ley inglesa al contrato de trabajo con elemento extranjero se alcanzó en base a la aplicación de la ley de ejecución habitual de la prestación de servicios. Aunque dado que esta ley podía no ser la inglesa, la jurisprudencia amplió considerablemente la noción de habitualidad en la ejecución para favorecer que el trabajo quedara localizado en territorio inglés⁶¹⁸.

⁶¹² J.F. Willson, *Carriage of Goods by Sea*, 7ª ed., Pearson, Essex (UK), 2010, p. 315.

⁶¹³ Asunto *Tzortzis v. Monark Line A/B* (1968) 1 WLR 406 (CA).

⁶¹⁴ Asunto *Compagnie d'armement Maritime v. Compagnie Tunisienne de Navigation* (1971) AC 572.

⁶¹⁵ Un ejemplo de aplicación de este test y de las conexiones que permite conocer se encuentra en el asunto *Coast Line v. Hudig* (1972) 2 QB 34.

⁶¹⁶ Asunto *Lloyd v. Guibert* (1865) 39 LJQB; y asunto *Assunzione* (1954).

⁶¹⁷ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 137.

⁶¹⁸ Para un estudio más detallado de esta cuestión, véase A.V. Dicey, J.H.C. Morris y L. Collins, *The conflict of laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012.

Con la entrada en vigor del CR de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales estas reglas de *common law* que se desarrollaron en los años posteriores a 1865 y que acabamos de analizar quedaron sustituidas por éste⁶¹⁹. Ahora bien, dicha sustitución no se llevo a cabo sin cierto grado de controversia. Y es que, sobre la base de que el Convenio estaba basado en el acuerdo de los Estados miembros, algunos cuestionaron si era sensato ignorar el Derecho propio elaborado por la experiencia y que se había mostrado compatible con las necesidades de las empresas⁶²⁰; generándose un intenso debate acerca de la posible pérdida de la flexibilidad característica de las reglas nacionales bajo los dictados de un Convenio internacional⁶²¹.

Debates aparte, lo cierto es que el Reino Unido fue Estado parte de este Convenio, y en cuanto tal estaba vinculado por sus disposiciones. En consecuencia, los contratos internacionales celebrados después del 1 de abril de 1991 y con anterioridad al 17 de diciembre de 2009 (fecha de la entrada en vigor del RRI) pasaron a regirse por las normas de conflicto contenidas en dicho Convenio. De manera que, al igual que ha ocurrido en nuestro sistema, sigue siendo posible una aplicación residual de las disposiciones británicas de DIPr (*common law*) para resolver las controversias relativas a contratos celebrados antes del 1 de abril de 1991⁶²².

3.1.4 Ámbito material

Tal y como establece su artículo 1.1, las normas de conflicto del Reglamento son aplicables a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, de manera que su regulación desplaza a las normas nacionales en la materia. Señala De Miguel que el hecho de que el apartado 2 de este artículo prevea (al igual que lo hiciera el CR) que sus normas no se aplicarán a una serie de cuestiones⁶²³, no debe causar extrañeza, pues se trata de materias en las que

⁶¹⁹ La entrada en vigor del CR tuvo lugar en este país el 1 de abril de 1991, tras la ratificación de siete de los Estados parte del mismo (Francia el 10 de noviembre de 1983, Italia el 25 de julio de 1985, Dinamarca el 7 de enero de 1986, Luxemburgo el 1 de octubre de 1986, Alemania el 8 de enero de 1987, Bélgica el 31 de julio de 1987 y el Reino Unido el 29 de enero de 1991). El CR fue incorporado al Derecho inglés mediante la “Contracts (Applicable Law) Act 1990”, de 26 de julio de 1990. Disponible en su redacción original en:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/36/introduction/enacted>

⁶²⁰ C.M.V. Clarkson, A.J.E. Jaffey, J. Hill, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2006, p. 313.

⁶²¹ Los autores anteriores ofrecen un amplio estudio sobre este proceso, a cuya lectura remito.

⁶²² Véase, A.J. Belohlávek, *Rome Convention- Rome I Regulation*, Juris Publishing, Inc., Huntington (NY), 2011, p. 38; C.M.V. Clarkson, A.J.E. Jaffey, J. Hill, *The Conflict of Laws*, cit. p. 205.

⁶²³ En concreto: a) el estado civil y la capacidad de las personas físicas, salvo artículo 13; b) las relaciones familiares y análogas y alimentos; c) los regímenes económicos matrimoniales, testamentos y sucesiones; d) las letras de cambio, cheques, pagarés, y otros instrumentos negociables; e) los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente; f) el Derecho de sociedades y de personas jurídicas; g) la intermediación frente a terceros y la representación de una persona jurídica (relación representado-tercero); h) los trusts; i) la culpa *in contrahendo*; j) los contratos de seguros realizados por organizaciones que no sean las empresas previstas en la Directiva 2002/83/CE.

la determinación de la ley aplicable no ha tenido lugar tradicionalmente a través de las reglas de conflicto en el ámbito contractual, sino que han sido objeto de un tratamiento específico, que justifica su exclusión del Reglamento⁶²⁴. En cualquier caso, y por lo que a nuestro trabajo interesa, tras la lectura de este precepto queda confirmada su aplicabilidad a las obligaciones contractuales derivadas de la relación individual de trabajo cuando plantean conflictos de Derecho aplicable⁶²⁵.

3.1.5 El régimen conflictual específico del RRI⁶²⁶

Las normas de conflicto contempladas en este Reglamento responden a tres principios básicos: el de proximidad, en virtud del cual el asunto debe ser juzgado conforme al ordenamiento jurídico con el que mantenga los vínculos más estrechos; el de autonomía de la voluntad, que remite a las partes la elección de la ley rectora del contrato; y el de protección de la parte más débil de una relación contractual (consumidores, trabajadores y en materia de seguros). A estos debe sumarse el principio de solidaridad, que consiste en ofrecer al juez del foro la posibilidad de invocar normas imperativas de terceros Estados⁶²⁷.

El juego de estos principios provoca que, en primer lugar sean las partes las que decidan qué normas regularán sus relaciones, entrando las reglas del RRI (que conducen a la ley más próxima) en defecto de elección y como mecanismo particular de protección del trabajador en los términos que veremos a continuación.

a) La elección de la ley aplicable hecha por las partes del contrato

El artículo 8.1 del RRI dispone como solución prioritaria, la aplicación de la ley elegida por las partes al contrato de trabajo. Si bien, la validez de ese pacto –en el que se expresa la autonomía conflictual⁶²⁸– queda condicionada.

La elección puede ser expresa o tácita, siempre que en este último caso resultare de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. De

No procede en este trabajo hacer un estudio exhaustivo del régimen conflictual que establece el RRI para la pluralidad de contratos que se incluyen en su ámbito de aplicación, por lo que me remito, respectivamente, a O. Fotinopoulou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*. cit., pp. 49 y ss.; y a J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, cit., pp. 338 y ss.

⁶²⁴ P.A. De Miguel Asensio, *Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea*, cit., pp. 69 y 70.

⁶²⁵ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 142.

⁶²⁶ Sirva esta nota para aclarar que, aunque la denominación del epígrafe es de elaboración propia, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., contempla una idéntica.

⁶²⁷ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 106.

⁶²⁸ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 156.

manera que, si el examen del texto del contrato o el contexto en el que la prestación vio la luz, ofrecen dudas sobre dicha elección, el juez deberá estar a la ley aplicable en defecto de elección.

La norma elegida podrá, además, regir la totalidad o parte del contrato (fraccionamiento o *dépeçage*). De manera que, por lo que a nuestro estudio interesa, las partes podrán acudir a determinada normativa para determinados derechos del trabajador y a otra para otros derechos⁶²⁹. Señala Menéndez Sebastián que la combinación normativa para regir el contrato puede resultar tanto del juego de la autonomía de la voluntad de las partes como de una decisión judicial, pues como veremos, el juez puede dar entrada, por ejemplo, a las disposiciones imperativas de un ordenamiento distinto al de la ley rectora del contrato, combinándolas con éstas⁶³⁰.

Por otro lado, también es posible que, en cualquier momento, las partes alteren la elección hecha inicialmente, reconociéndose así la posibilidad de fijar *a posteriori* la ley rectora del contrato.

Hasta tal punto llega la soberanía de las partes que el RRI posibilita, en principio, la designación de una ley extranjera para regir la relación contractual, aún cuando ésta no presente vínculo alguno de proximidad con el contrato que va a regular, pudiendo convertirse así la ley rectora en el único elemento de extranjería del contrato⁶³¹.

No obstante, esta generosidad del Reglamento con la voluntad de las partes no es tan amplia como pudiera parecer de entrada. Y es que el propio RRI contiene mecanismos de corrección que implican la introducción de disposiciones ajenas al Derecho aplicable y que modulan su aplicación. Además, las reglas especiales diseñadas para facilitar que el contrato adquiera validez y produzca efectos pueden llegar a alterar el ámbito de la ley rectora seleccionada por los contratantes⁶³².

b) Los mecanismos de corrección del Derecho aplicable ante una electio iuris

A la hora de identificar el ordenamiento jurídico que debe regir los desplazamientos transnacionales de trabajadores que analizamos en este trabajo, no basta con seleccionar un sistema normativo nacional en función de las pautas marcadas por el artículo 8 del RRI, sino que es preciso tener en consideración el sistema de correcciones previsto por el propio RRI. Ahora bien, este sistema de normas correctivas del Derecho aplicable

⁶²⁹ Sobre las posibilidades que ofrece el fraccionamiento, A.L. Calvo Caravaca, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, cit., pp. 158 y ss.

⁶³⁰ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 107.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 108.

⁶³² Sobre las reglas contenidas en los artículos 10, 11 y 13 del RRI, véase, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 109 y 110 (aunque referido al CR).

únicamente entrará en funcionamiento cuando exista una *electio iuris*⁶³³. Esto es, únicamente la ley elegida por las partes es la que puede quedar afectada por las “disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo” de la ley objetivamente aplicable. En consecuencia, y pecando de ser reiterativos, no cabe extender la obligación de respetar dichas disposiciones en el resto de soluciones previstas al conflicto de Derecho aplicable –ley del lugar habitual de prestación de servicios, ley del lugar de contratación y ley del lugar que presente los vínculos más estrechos-.

La razón de ser de este mecanismo no es otra que imposibilitar que la ley elegida por las partes prive al trabajador de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas⁶³⁴ de la ley que sería aplicable al contrato si no existiera tal elección. Lo que, para los supuestos de prestaciones de servicios transnacionales, implica evitar que la ley elegida por las partes desplace la aplicación del Derecho del país de origen.

De lo expuesto podría deducirse rápidamente que la elección de una norma concreta para regular el contrato de trabajo sólo tendrá efecto en la medida en que dicha norma resulte más favorable para el trabajador que la ley objetivamente aplicable en defecto de elección⁶³⁵. Sin embargo, no es eso lo que parece pretender el legislador comunitario. En palabras de Menéndez Sebastián, no se trata de desplazar la ley rectora elegida por las partes cuando la ley objetivamente aplicable es más generosa con el trabajador, sino de procurar la combinación de ambas para que el resultado sea la mayor protección posible de aquél⁶³⁶.

Esta previsión recorta la autonomía de la voluntad de las partes, pero no la anula, toda vez que la ley objetivamente aplicable no entrará en funcionamiento en su totalidad, sino sólo sus disposiciones imperativas más favorables –es decir, aquellas a las que de otro modo no tendría acceso el trabajador porque no se reconocen, o no con la misma intensidad, en la ley elegida por las partes para regir el contrato-. La norma rectora seguirá siendo la elegida por las partes y la ley objetivamente aplicable sólo le restará espacio en la medida en que sus normas imperativas contengan previsiones más favorables para el trabajador. Siguiendo de nuevo a Menéndez Sebastián, con ello se soslaya el riesgo que puede derivar de una potencial imposición empresarial de la ley

⁶³³ Artículo 8.1 del RRI: “No obstante, dicha elección no podrá tener por 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”.

⁶³⁴ Aunque el RRI utiliza la expresión “disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo”, por comodidad nos referiremos a ellas como normas o disposiciones imperativas, en el entendido de que a todos los efectos, se trata de normas cuya aplicación resulta preceptiva.

⁶³⁵ Véase, M.E. Casas Baamonde, *Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Núm. 2, 1993, pp. 66-78. Aunque referido al CR, el planteamiento puede extrapolarse al RRI.

⁶³⁶ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 118.

rectora⁶³⁷.

Debe quedar claro, en todo caso, que las normas imperativas a las que aquí se alude no son las leyes de policía a que se refiere el artículo 9 del RRI, cuyo alcance es diferente. Con estas últimas el legislador busca la protección de los valores de orden público mediante la imposición tanto de derechos del trabajador como de exigencias, requisitos o restricciones que puedan obligar a ambas partes del contrato. Sin embargo, las normas imperativas del artículo 8.1 del RRI son exclusivamente aquellas que protegen los intereses del trabajador en tanto que parte más débil del contrato⁶³⁸, considerándose indisponibles por las partes del mismo. Ahora bien, la aplicación de las leyes de policía *ex* artículo 9 del RRI resulta ineludible, cualquiera que sea el Derecho aplicable, inclusive si deriva de una elección de las partes⁶³⁹.

Aclarado ese aspecto, debemos tener en cuenta, además que el artículo 9 del RRI condiciona la aplicación del Derecho, determinado según las pautas establecidas en el artículo 8 del RRI, a la observancia de ciertas disposiciones ajenas al mismo, denominadas “leyes de policía”. Siendo dos son los casos en los que el legislador comunitario considera que las leyes de policía han de ser aplicadas: las leyes de policía del foro (esto es, del país de origen, en tanto ley objetivamente aplicable) y las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas.

c) Lugar de prestación habitual

El carácter de “habitualidad” que exige el artículo 8.2 del RRI no se encuentra definido ni en el propio RRI, ni en ninguna otra disposición. Lo que de entrada podría conducirnos erróneamente a comprenderla por contraposición a la temporalidad. Algo que rápidamente debe descartarse atendiendo a la literalidad del precepto: “No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. De manera que, como en otras ocasiones, es necesario acudir al TJUE para conocer su alcance.

A tal efecto, puede considerarse lugar de prestación habitual, por ejemplo, aquel en el que se concentra la porción más importante del tiempo trabajado⁶⁴⁰; el lugar en el que el trabajador tenga instalado su “centro de operaciones”⁶⁴¹, o el lugar en el que el trabajador desarrolle la parte más importante de su actividad retribuida⁶⁴². En todo caso, como advierte Menéndez Sebastián, la identificación del lugar de prestación habitual

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 119.

⁶³⁸ Sirva de ejemplo en nuestro país, el artículo 6 ET que, además de fijar una edad mínima de empleo, prohíbe a los menores de edad desarrollar trabajos penosos, peligrosos o insalubres y la realización de horas extraordinarias.

⁶³⁹ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 161.

⁶⁴⁰ STJCE de 27 de febrero de 2002, *Weber* (asunto C-37/00, RJ 2002, I-2013).

⁶⁴¹ STJCE de 13 de julio de 1993, *Mulox BC* (asunto C-125/92, RJ 1993, I-4075).

⁶⁴² STJCE de 9 de enero de 1997, *Rutten* (asunto C-383/95, RJ 1997, I-57).

debe atender a las singularidades propias de cada asunto litigioso⁶⁴³.

Tras esta primera aclaración procede realizar otra, cual es que, aunque la norma emplea la expresión “país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, *realice* su trabajo habitualmente”, esta regla se entiende aplicable tanto a los litigios sobre el desarrollo del contrato como a aquellos generados como consecuencia de la ruptura del vínculo contractual.

Señalábamos al comienzo de este apartado que el hecho de que la prestación de servicios se localice ocasionalmente en un territorio diferente no altera la aplicabilidad del artículo 8.2 del RRI. Pues bien, en alguna ocasión se ha señalado que la llamada al lugar habitual de la prestación de servicios puede producir un efecto contrario al pretendido, facilitando el *dumping social* cuando los empresarios envían a sus trabajadores a otros territorios donde la producción es más económica⁶⁴⁴. Algo que quedó solventado con la aprobación de la Directiva 96/71/CE, que sin alterar la ley rectora del contrato, permite la aplicación temporal de parte de la normativa del Estado de acogida del modo que se verá más adelante.

d) Lugar de contratación

El artículo 8.3 RRI establece que cuando no sea posible determinar la ley aplicable atendiendo al lugar habitual de prestación de servicios, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Aunque esta redacción hace pensar de manera inmediata en supuestos de prestaciones de servicios plurilocalizadas, la aplicación de esta norma de conflicto no procede siempre que el trabajador preste servicios en varios Estados, sino únicamente cuando no resulte posible localizar en uno de ellos el lugar de prestación habitual⁶⁴⁵.

Existen varios planteamientos para dotar de contenido a la expresión “establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”. En primer lugar esta fórmula puede interpretarse como el territorio en el que se formalizó el contrato (ley del lugar de celebración), pero también cabe interpretarla como el territorio en el que efectivamente fue ocupado el trabajador. Ahora bien, teniendo en cuenta que nos encontramos en el ámbito de prestaciones plurilocalizadas, cuando ambos lugares (el de celebración del contrato y el de ocupación) no coincidan, en aras de la seguridad jurídica, deberá optarse por la ley del territorio en el que el contrato fue celebrado⁶⁴⁶.

El juego de esta regla no es alternativo, respecto del anterior. Todo lo contrario. La ley

⁶⁴³ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 84.

⁶⁴⁴ Así lo pone de manifiesto P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 112.

⁶⁴⁵ De nuevo, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 115.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

rectora, en defecto de elección de las partes, es la ley del lugar de prestación habitual de servicios y, sólo cuando la localización de éste resulta imposible, la propia del lugar de contratación devendrá en ley rectora.

e) Lugar que presenta los vínculos más estrechos con el asunto

La localización de la ley aplicable conforme a las pautas anteriores se excepciona en los casos en los que, a la luz de las circunstancias, existe otro lugar con el que el asunto presenta vínculos más estrechos (artículo 8.4 del RRI). Cláusula que conduce a la regla general del artículo 4 del RRI y cuya ambigüedad ha sido criticada por la doctrina⁶⁴⁷.

Atendiendo a las pautas marcadas por el artículo 4 del RRI, en una prestación de servicios se presume que el asunto presentan los vínculos más estrechos con el país en el que reside de manera habitual el prestador del servicio⁶⁴⁸. Ahora bien, de la literalidad del precepto no resulta claro a quién se está refiriendo, si al trabajador –que desarrolla físicamente la prestación–, o al empresario –como parte obligada frente a otra en virtud de un contrato de prestación de servicios–.

Por lo que respecta al trabajador, si tenemos en cuenta que, por regla general, residirá de manera habitual en el lugar donde se encuentra la empresa en la que trabaja, la solución de conflicto ofrecida por la norma no variaría. El incertidumbre planteada se mantendría, no obstante, para el supuesto de los trabajadores transfronterizos, cuyo lugar de residencia habitual difiere del lugar de trabajo⁶⁴⁹.

Desde la perspectiva del empresario, ocurriría algo similar. Pues, salvo en el caso de los grupos de empresas donde no es posible que el empresario resida con carácter habitual y de manera simultánea en todos los lugares en los que haya establecida una empresa del grupo, lo normal es que el lugar de residencia habitual del empresario y el de ubicación de su empresa coincidan.

A pesar de todo lo anterior, lo cierto es que el empleo de esta regla para localizar la norma más próxima aún que la objetivamente aplicable es trivial, en tanto que el apdo. 3 del propio artículo 4 del RRI permite desplazar la ley que resulte de aquella presunción, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país; lo que nos vuelve a colocar en el mismo punto de partida⁶⁵⁰.

f) La aplicación de las leyes de policía de la ley del foro

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pp. 116 y 117.

⁶⁴⁸ Artículo 4.1.b) del RRI.

⁶⁴⁹ Me remito al epígrafe 3.5 del capítulo II, en el que ya abordamos esta figura.

⁶⁵⁰ Sobre el empleo de este instrumento como justificación de la aplicación de la ley del foro por parte de los jueces nacionales, véase P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 117 y 118.

El hecho de que el artículo 9.2 del RRI condicione la aplicación del Derecho que rija la situación de conflicto a la observancia de las leyes de policía de la ley del foro viene a confirmar lo que ya indicamos al comienzo de este capítulo, que la determinación de la competencia judicial internacional es clave en la articulación del régimen jurídico de situaciones de tráfico externo, toda vez que la *lex fori* debe ser observada aunque no sea, estrictamente, Derecho aplicable⁶⁵¹.

Resulta llamativo el que la aplicación de estas leyes de policía no esté sujeta a condición alguna⁶⁵², lo cual parece contradecir la técnica de los vínculos más estrechos que sirve de base al sistema de solución del conflicto de Derecho aplicable en la normativa internacional⁶⁵³. No obstante, sobre la base de que para la sumisión del supuesto a una determinada jurisdicción es necesario que existan vínculos estrechos⁶⁵⁴, parece que esa contradicción queda anulada⁶⁵⁵.

En otro orden de cosas, partiendo de los términos en los que el propio artículo 9.1 del RRI define las leyes de policía⁶⁵⁶, podemos sostener que, en el ámbito de las relaciones de trabajo que a nuestro trabajo resultan de interés, las leyes de policía del foro operan como parámetro de legalidad del Derecho aplicable.

En efecto, la llamada al Derecho del país del foro como elemento corrector de la ley aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo queda restringida a aquellas disposiciones de orden público internacional. Es decir, el juez sólo podrá acudir a esta posibilidad cuando las previsiones de la ley rectora del contrato entren en clara contradicción con alguno de los principios básicos que sirven de pilares a dicho ordenamiento. Así, por ejemplo, cuando el tribunal competente sea el español podrá exigir el respeto de nuestro límite de edad para el acceso al empleo cuando el de la norma rectora esté por debajo de los dieciséis años, al resultar claramente contrario a nuestros sistema constitucional, pues transgrede de modo evidente los derechos de la

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 163. Y para un análisis general de las relaciones entre las normas imperativas del foro y los contratos internacionales de trabajo, a partir de resoluciones judiciales de distinto origen nacional, véase I. Guardans i Cambó, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 418 y ss.

⁶⁵² P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 126, sostiene que la intervención de la *lex fori* no depende de su proximidad con el asunto litigioso, “no resultando su juego de otra cosa que de su condición de normativa del foro juzgador”.

⁶⁵³ Esta técnica se manifiesta claramente en la configuración del artículo 8.4 del RRI (y anteriormente en el artículo 6.2.b) CR) cuando, en ausencia de ley elegida por las partes, se dispone la aplicación de la ley del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos.

⁶⁵⁴ O. Fotinopoulou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, cit., p.183, entiende que la aplicación de la *lex fori* procede “siempre y cuando el supuesto presente una vinculación con el Estado del foro y que ésta quede suficientemente acreditada”.

⁶⁵⁵ Véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 163.

⁶⁵⁶ “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia 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”.

infancia⁶⁵⁷.

La entrada de las normas de orden público del foro no persigue, por tanto, garantizar la ejecución del contrato (para lo cual el juez puede aplicar las normas de orden público interno en los términos vistos en el apartado anterior), sino simplemente evitar que el juez tenga que aplicar una norma que colisiona frontalmente con su sistema constitucional⁶⁵⁸. Cualquier otra interpretación vaciaría de sentido el RRI, pues permitiría la aplicación de la *lex fori* con independencia de las previsiones de la ley rectora del contrato - determinada de acuerdo con las reglas del artículo 8 del RRI-.

g) *Las leyes de policía de ordenamientos jurídicos terceros*

El artículo 9.3 del RRI contempla la entrada de las leyes de policía del lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Ahora bien, de su redacción literal se desprende que se trata de una posibilidad y no de una obligación del juez, como en la ley del foro⁶⁵⁹.

El hecho de que se utilice la expresión “podrá darse efecto” pone también de manifiesto que la aplicación de las leyes de policía no es automática. El propio precepto así lo evidencia al señalar que para decidir si se da entrada a tales disposiciones será preciso valorar su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación. En consecuencia, resulta de vital importancia identificar en qué circunstancias y bajo qué condiciones determinadas disposiciones del Derecho aplicable a las prestaciones de servicios transnacionales han de quedar desplazadas por la aplicación de las de la ley de otro Estado⁶⁶⁰.

En principio, se entiende que el término “leyes de policía” hace referencia, en este contexto, a las normas de orden público interno (distintas a las normas de orden público internacional que operan en el ámbito de la ley del foro)⁶⁶¹, orientadas, en opinión de Fotinopolou Basurko, a la protección de los intereses generales del Estado⁶⁶². Intereses,

⁶⁵⁷ Véase, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 133.

⁶⁵⁸ I. Guardans i Cambó, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, cit., pp. 431-435.

⁶⁵⁹ A este respecto, observa O. Fotinopolou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, cit., p. 179, que “las normas (...) de orden público internacional pertenecientes al foro van a ser respetadas por el juzgador con independencia del resultado al que nos conduzcan”, y añade que “el alcance más limitado de intervención de las normas imperativas de terceros Estados responde a la circunstancia de que éstas se encuentran sometidas a condicionantes de efectividad mayores que los dispuestos para la aplicación de las normas del foro”.

⁶⁶⁰ Véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 167.

⁶⁶¹ Aunque en referencia al CR, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 126, afirma que “el primer apartado del artículo 7 CR alude a las normas de orden público *interno*, mientras que el apartado segundo (normas imperativas del foro) está pensando más bien en las normas de orden público *internacional*”.

⁶⁶² O. Fotinopolou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, cit., p. 187.

cuyo contenido, en el ámbito de las relaciones de trabajo con elementos de extranjería, debe quedar ceñido a la protección de los trabajadores.

Ello supone que el juicio de aplicabilidad de las disposiciones de otro país debe estar presidido por un planteamiento eminentemente tuitivo de los intereses del trabajador afectado por un desplazamiento transnacional⁶⁶³. En opinión de Molina Martín, si la aplicación de las disposiciones concurrentes se hiciera depender de la valoración de otros intereses en juego, existiría un riesgo cierto de minoración de las condiciones laborales del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional, con el consabido riesgo de quiebra de la continuidad jurídica de la relación laboral⁶⁶⁴.

3.2 LA CONCURRENCIA DE LAS DIRECTIVAS 96/71/CE Y 2014/67/UE Y EL RRI

Iniciamos este apartado con una aclaración, cual es que la Directiva 96/71/CE no regula la ley aplicable a los desplazamientos de trabajadores en una relación de servicios de carácter transnacional. Y, en tanto que norma destinada a garantizar el cumplimiento de otra, la Directiva 2014/67/Unión Europea tampoco.

En efecto, la Directiva 96/71/CE tiene por objeto, como ya vimos, establecer las bases para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que impidan la desigualdad de trato en dicho ámbito, así como la libre competencia, evitando el *dumping* social entre las empresas que ejerzan sus actividades en el mercado interior⁶⁶⁵. En consecuencia, no es una norma de conflicto, aunque tampoco una disposición de armonización de las condiciones de trabajo aplicables a los desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios transnacional⁶⁶⁶.

La Directiva⁶⁶⁷ no busca, de ningún modo, modificar la ley aplicable al contrato de trabajo, sino fijar un núcleo duro de normas imperativas que deben respetarse durante el periodo en el que el trabajador se encuentra desplazado en el Estado de destino, “cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral” (artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE)⁶⁶⁸. Bajo esta norma late, en última instancia, el respeto al derecho a

⁶⁶³ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 168 citando a I. Guardans i Cambó, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, cit., p. 447; O. Fotinopoulou Basurko, *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional*, cit., p. 189; y P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 126.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 169.

⁶⁶⁵ Me remito en este punto a la parte primera de este capítulo.

⁶⁶⁶ Véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 171.

⁶⁶⁷ Nos referimos a la Directiva 96/71/CE, por cuanto la Directiva 2014/67/Unión Europea no aporta novedad alguna en este punto.

⁶⁶⁸ Insiste también en ello la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de julio de 2003, sobre la aplicación de la

unas condiciones de trabajo justas y equitativas consagrado por el artículo 31 de la CDFUE. El artículo 3 de la Directiva así lo confirma cuando declara que el objetivo principal de esta norma –y que es el que han de alcanzar los Estados miembros en sus transposiciones- consiste en velar por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas afectadas por dicha normativa garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a ciertas materias.

La aprobación de la Directiva 96/71/CE y su transposición a los Derechos nacionales comunitarios representan un avance significativo en la tutela de los derechos de los trabajadores afectados por un episodio de movilidad geográfica internacional. Y es que su artículo 3 dota de contenido el concepto de “leyes de policía” que se recoge en el RRI, delimitando, así, el Derecho aplicable a las situaciones de trabajo temporal en el extranjero⁶⁶⁹.

Por otro lado, la aprobación del RRI, inspirado por el principio de conciliación del DIPr comunitario con el Derecho comunitario material⁶⁷⁰, también supone un considerable avance en este contexto. Concretamente, dispone que “la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE”⁶⁷¹, a lo que añade que “los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio”⁶⁷². Estas previsiones ponen de manifiesto la significativa preocupación de las instituciones europeas por garantizar el respeto a unas condiciones de trabajo óptimas en situaciones de movilidad geográfica internacional en el ámbito comunitario.

Hemos dejado para el final la aportación que la Directiva 2014/67/Unión Europea hace, y no por ser la norma más joven, sino porque en ella se aúnan tanto el avance significativo en la tutela de los derechos de los trabajadores desplazados como la preocupación del legislador europeo por garantizar unas determinadas condiciones de

Directiva 96/71/CE en los Estados miembros (COM (2003) 458 final). No publicada en DOUE. Disponible en:

http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/56720-Comunicacion_de_la_Comision_%28julio_2003%29_sobre_aplacion_de_la_Directiva_96-71.pdf

⁶⁶⁹ Afirma G. Palao Moreno, 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, Revista Española de Derecho Internacional, Núm. 1, Vol. 49, 1997, p. 377, que la Directiva “no tiene como objetivo sustituir al artículo 6 Convenio de Roma, sino complementar el Convenio al concretar, para las situaciones de desplazamiento de trabajadores, el contenido de las «leyes de policía» a las que se refiere el artículo 7 de la norma de 1980”.

⁶⁷⁰ Véase, H. Aguilar Grieder, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento Roma I”, en AA.VV. (A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, dirs.), *La unión Europea ante el reto de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45 y ss.

⁶⁷¹ Considerando 34 del RRI.

⁶⁷² Considerando 35 del RRI.

trabajo en los desplazamientos temporales intracomunitarios. Lo que se pone claramente de manifiesto en la redacción de su Considerando 11, en el que se establecen las pautas que han de regir la relación entre la Directiva y el RRI para aquellos casos en los que no se produce un desplazamiento real de trabajadores. Tal es el caso de las denominadas “sociedades fantasma” o “*letter-box companies*”. Se trata de empresas constituidas según la legislación de un país con la finalidad de dirigir sus actividades hacia otro u otros⁶⁷³. Este tipo de sociedades, que suelen poseer una vinculación material importante con un país distinto de aquél con arreglo a cuyo Derecho fueron constituidas, busca la aplicación de la Directiva 96/71/CE con el propósito de huir del Derecho nacional del país al que van a trabajar⁶⁷⁴.

Las reacciones de los Derechos estatales frente al establecimiento en el foro de una sociedad de ese tipo pueden ser muy variadas, y van desde la aplicación a dicha sociedad extranjera de un estatuto alternativo respecto del establecido por el Derecho propio (para todos o para determinados aspectos), hasta la negación de su personalidad jurídica para ser parte en un proceso⁶⁷⁵. La finalidad de estas normas, que introducen obstáculos a la actividad en el foro de las sociedades extranjeras es, *grosso modo*, impedir que la constitución de una sociedad en el extranjero pueda ser utilizada para eludir la aplicación del Derecho de sociedades del Estado destinatario de la actividad, entre cuyos propósitos puede situarse la protección de ciertos intereses considerados como merecedores de tutela (por ejemplo, los trabajadores).

Pues bien, la libertad de los Estados para imponer límites a la actividad de las sociedades extranjeras se ha visto limitada por la existencia de un proceso de integración económica regional, como el que tiene lugar en Europa, donde ha sido reconocida la libertad de

⁶⁷³ En detalle, F. Esteban de la Rosa, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Núm. 7, 2004, pp. 369. Disponible en:

http://www.ugr.es/~festeban/documentos/RFDUG_SOCIEDADES_FICTICIAS.pdf

⁶⁷⁴ “Cuando no exista una situación de desplazamiento real y surja un conflicto de leyes, deben tenerse debidamente en cuenta las disposiciones del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo («Roma I») o del Convenio de Roma, dirigidas a garantizar que los trabajadores no se vean privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio. Los Estados miembros deben asegurar que se dicten las disposiciones oportunas para que los trabajadores que no estén realmente desplazados gocen de la protección adecuada”.

Señala F. Esteban de la Rosa, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, cit., p. 370, que en los últimos tiempos, la vía utilizada por las empresas norteamericanas para establecerse en la Unión Europea haya sido la de constituir una sociedad en el Reino Unido o en los Países Bajos, países cuya regulación societaria resulta más flexible, al menos respecto de algunos tipos sociales que aun no han sido tan armonizados por el Derecho comunitario (sociedad de responsabilidad limitada).

⁶⁷⁵ Una exposición muy completa de esta clase de reacciones en el Derecho Comparado puede verse en D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, Eurolex, 2001, pp. 290-336. Citado en F. Esteban de la Rosa, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, cit., p. 370.

establecimiento de sociedades (artículo 49 del TFUE)⁶⁷⁶. Y es que con el paso del mercado común al mercado único, el TJCE comenzó a considerar como incompatibles con dicha libertad a toda medida nacional que la obstaculizara, sin quedar fundada en razones imperiosas de interés general⁶⁷⁷. Razones entre las que, como ya hemos visto, se encuentra la protección de los trabajadores⁶⁷⁸.

Precisamente, esa parece haber sido la razón que ha llevado al legislador europeo a señalar de manera específica en la Directiva 2014/67/Unión Europea que, para estos casos donde en puridad no se produce un desplazamiento, no será posible privar al trabajador de la protección que le otorga una ley que no pueda derogarse mediante acuerdo o que sólo pueda excluirse en su beneficio (determinada con arreglo al artículo 8 del RRI)⁶⁷⁹. De manera que, en caso de un desplazamiento que implique abuso o elusión de la Directiva 96/71/CE, las normas de conflicto de los artículos 8 y 9 del RRI entrarían en juego y serían de aplicación al contrato en la medida en que tal aplicación no tenga como resultado privar al trabajador de una protección (eventualmente mejor) otorgada por la ley nacional del Estado de acogida a sus nacionales.

⁶⁷⁶ F. Esteban de la Rosa, *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, cit., p. 371.

⁶⁷⁷ Véanse las sentencias del TJCE de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen* (asunto 33-74, RJ 1974/00507); de 18 de enero de 1979, *Wesemael*, cit.; y de 17 de diciembre de 1981, *Webb*, cit., donde, además de la existencia de una razón imperiosa de interés general, el Tribunal exige igualdad de trato, necesidad objetiva de la medida, proporcionalidad de la misma, la no existencia de un doble control y la falta de armonización comunitaria en el ámbito en cuestión.

La postura del TJCE queda plasmada de manera clara en sus sentencias de 9 de marzo de 1999, *Centros* (asunto C-212/97, RJ 1999 I-01459), y de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Artículo Ltd* (asunto 167/01, RJ 2003 I-10155). Cuyos hechos, de manera muy breve son los siguientes:

En la primera de estas sentencias, el Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad entre la libertad comunitaria de establecimiento y la negativa de la autoridad competente danesa a inscribir la constitución de una sucursal en Dinamarca por parte de una sociedad inglesa. Los hechos fueron los siguientes: un matrimonio danés, el sr. Y la sra. Bryde, pretendía iniciar un negocio relacionado con la importación de vinos. Para ello, deseaban construir una sociedad de responsabilidad limitada, pero no querían desembolsar el capital necesario para la creación de la sociedad de acuerdo con la ley danesa (el equivalente a unos 3.000 €). Pese a que no pensaban desarrollar ninguna actividad económica en el Reino Unido, constituyeron una sociedad de capital en Gran Bretaña con la intención de que la misma operase en Dinamarca por medio de una sucursal que desarrollaría toda la actividad económica de la sociedad.

En la segunda los hechos fueron estos: La empresa Inspire Art fue constituida el 28 de julio de 2000 como sociedad de responsabilidad limitada inglesa y disponía de una sucursal en Ámsterdam, en cuyo Registro Mercantil estaba inscrita, sin que se mencionase que se trataba de una sociedad formalmente extranjera, en el sentido que exigía la ley neerlandesa.

La Cámara de Comercio estimó que tal mención era obligatoria dado que Inspire Art sólo ejercía sus actividades comerciales en los Países Bajos, ordenándose completar su inscripción en el Registro Mercantil con la pertinente mención y las obligaciones previstas por la ley neerlandesa para tales sociedades. Inspire Art negó que su inscripción hubiera sido incompleta aduciendo que no reunían los requisitos mencionados en aquella ley y, subsidiariamente, alegó que la ley estatal neerlandesa era contraria al Derecho europeo.

⁶⁷⁸ Me remito en este punto al epígrafe 2.1 de este capítulo en el que, a propósito del principio de proporcionalidad, hemos abordado este tema.

⁶⁷⁹ Véase P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Núm. 3, 2015, pp. 52-70.

En conclusión, la aplicación de ambas Directivas en coordinación con las soluciones que el RRI ofrece al conflicto de Derecho aplicable resulta una operación necesaria, pues supone la introducción de elementos correctivos en el régimen jurídico de los supuestos de desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional⁶⁸⁰.

4. LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. SU ALEGACIÓN, PRUEBA Y APLICACIÓN

Analizadas las normas de conflicto con las que el juez nacional ha de localizar la normativa aplicable al contrato de trabajo, cabe ahora ver de qué manera se alega, prueba y aplica la legislación a la que remiten dichas reglas cuando es extranjera.

Partiendo de la base de que el RRI no contiene indicación alguna en este sentido, deviene indispensable, una vez más, acudir a la jurisprudencia para clarificar estos aspectos.

Por lo que respecta a la carga de la prueba, nuestro TS viene insistiendo desde hace años en que la ley extranjera debe ser alegada y probada por quien la invoca, exigiendo además que se acredite el contenido y la vigencia de los preceptos alegados “de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente”⁶⁸¹. La misma postura mantiene el TC al indicar que es la parte que funda su demanda en el Derecho extranjero, la que alega su aplicación, a la que corresponde probar su contenido y vigencia, conforme al artículo 217 de la LEC⁶⁸².

Ahora bien, sobre la base de que el artículo 281.2 de la LEC dispone, *in fine*, que el tribunal puede valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, cabe plantear la cuestión de si verdaderamente es precisa la intervención expresa de las partes o si, por el contrario, en supuestos litigiosos relativos a situaciones privadas internacionales es el juzgador competente quien debe, en todo caso, someterse al Derecho extranjero cuándo y cómo se determine en la norma de conflicto. Pues la redacción del artículo 281.2 de la LEC podría interpretarse como una concesión a la aplicación de oficio del Derecho extranjero⁶⁸³.

⁶⁸⁰ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 173 y 174.

⁶⁸¹ Sirvan de ejemplo las SSTs de 1 de febrero de 1934, de 9 de enero de 1936, de 30 de junio de 1962, de 28 de octubre de 1968, de 4 de octubre de 1982, y de 12 de enero de 1989, de 11 de mayo de 1989.

No obstante, como señala P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 141, “en los últimos tiempos, el TC ha relajado esa exigencia probatoria. De hecho, en la STC 172/2004, de 18 de octubre, se admite para dar entrada al derecho extranjero la simple aportación de algunos documentos relativos a la ley aplicable, sin precisión clara de los preceptos concretos de aplicación al asunto”.

⁶⁸² STC 33/2002, de 11 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2002).

⁶⁸³ Así se plantea en A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene, *De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Núm. 126, 2005, p. 129, que entienden que

La STS de 22 de mayo de 2001 contribuye a aclarar la situación al establecer que “el derecho extranjero al que remite la normativa de DIPr no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría en disponible algo que no lo es y favorecería, además, las conductas estratégicas, como la presentación de demandas fundadas en un Derecho notoriamente inaplicable con la expectativa de que la inhibición probatoria del demandante y el eventual fracaso de la prueba por el demandado pudieran llevar a la aplicación de un Derecho que resulta más conveniente para los intereses del primero”⁶⁸⁴.

En consecuencia, partiendo de la base de que la alegación del Derecho extranjero corresponde a las partes, la impericia (consciente o inconsciente) de las mismas no puede suponer la exclusión de tal Derecho extranjero, toda vez que “es la jurisdicción competente la que está convocada a determinar el Derecho aplicable a la situación privada internacional”⁶⁸⁵. De lo contrario, es decir, si se permitiera que el sistema de normas de conflicto se convirtiese en un sistema de aplicación facultativa se vulneraría la normativa de DIPr que regula la materia y, en consecuencia, se quebrantaría la seguridad jurídica por la que velan sus disposiciones. Esta es la solución que, sin duda, se presenta más acorde con el principio de imperatividad de la norma de conflicto⁶⁸⁶.

es una opción “que con el tiempo se acabará imponiendo”, como ya ocurre en Alemania, Bélgica, Holanda o Italia.

⁶⁸⁴ STS de 22 de mayo de 2001 (RJ 4220/2001), FD 5º, apdo. 2.

⁶⁸⁵ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 197.

⁶⁸⁶ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 142.

1. LA GARANTÍA DE UN ESTATUTO MÍNIMO EN LA DIRECTIVA 96/71/CE

Todos los Estados muestran una vocación natural de intervención en la regulación del trabajo que se ejecuta dentro de su territorio. Algo cuya lógica resulta irrefutable si se tiene en cuenta, como señala Serrano Olivares, que las relaciones laborales constituyen un aspecto clave de la vida económica y social de los Estados⁶⁸⁷. En línea con este planteamiento, la aplicación de una ley extranjera podría poner en riesgo los principios ordenadores del sistema de relaciones laborales. No obstante, cuando el trabajo no se realiza de manera habitual en el territorio de un determinado Estado, sino que su desarrollo en el mismo es consecuencia del desplazamiento temporal de un trabajador que va a llevar a cabo una prestación de servicios transnacional en ese concreto lugar, deviene necesario que la situación presente una vinculación o conexión suficiente con dicho país para proceder a la aplicación de la ley nacional. De lo contrario, difícilmente cabría justificar tal intervención⁶⁸⁸.

De esa vinculación se ocupa, como hemos visto, el RRI mediante el establecimiento de los puntos de conexión en función de los cuales se determinará la ley que resulta aplicable a dicha situación laboral⁶⁸⁹. Sin embargo, las soluciones que facilita esa norma europea para este tipo concreto de desplazamientos de trabajadores resultan poco satisfactorias para los Estados miembros importadores de empleo que cuentan con sistemas de relaciones laborales más avanzados desde una perspectiva social, en la medida en que la aplicación de la ley del Estado de origen⁶⁹⁰ tiene como efecto la diferencia de trato entre trabajadores nacionales y desplazados; lo que, sin duda, va en perjuicio de los derechos de los trabajadores y puede dar lugar a una situación de competencia desleal entre empresas.

Precisamente, la Directiva 96/71/CE pretende corregir esa circunstancia mediante la identificación de un núcleo mínimo de disposiciones de la normativa del Estado de destino, que deberán ser respetadas por el prestador de servicios que desplace allí a sus trabajadores, con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo⁶⁹¹. Nos referimos a las condiciones de trabajo y empleo establecidas por disposiciones legales,

⁶⁸⁷ R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 58.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Véase *supra* epígrafe 3.1.5 de la parte III de este Capítulo III.

⁶⁹⁰ Recordemos que la ley objetivamente aplicable sólo entrará en juego a falta de elección por las partes y que ambas pueden quedar desplazadas por las leyes de policía del foro o del lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato.

⁶⁹¹ Art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE.

reglamentarias o administrativas y, tratándose de empresas del sector de la construcción, por convenios colectivos o laudos arbitrales de eficacia general, y relativas a los períodos máximos de trabajo y mínimos de descanso; a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; a las cuantías de salario mínimo; a las condiciones de suministro de mano de obra; a la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; a las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; y, finalmente, a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

Tras su enumeración podemos observar que, por razón de la materia, se trata de disposiciones que se corresponden con la noción de orden público dada su finalidad eminentemente tuitiva. Efectivamente, nos encontramos ante normas imperativas tanto desde la perspectiva del Derecho interno de los Estados miembros como desde la del DIPr –leyes de policía-, en la medida en que se identifican con los principios ordenadores de la vida económica y social de cada país. También resultan imperativas desde la óptica del Derecho comunitario, pues se corresponden con los principios y derechos de contenido social cuya protección y defensa constituye un signo de identidad de la UE. En definitiva, se trata de principios de contenido social que reflejan los valores esenciales de las sociedades de los distintos países europeos y de la UE en su conjunto y alcanzan a la noción de orden público internacional en su dimensión positiva –en cuanto normas de Derecho interno que constituyen los pilares del ordenamiento jurídico de un país y que son, por ello, de aplicación inmediata a las situaciones de tráfico internacional-⁶⁹².

Ya adelantamos que con el establecimiento de este núcleo indisponible el legislador comunitario no pretendió en su día armonizar las condiciones laborales de los Estados de la UE, sino únicamente evitar una posible competencia desleal entre empresas, garantizando al trabajador desplazado el disfrute de, al menos, las mismas condiciones de trabajo que quien en ese territorio realiza idéntica función. Por otro lado, esa garantía alcanza únicamente a las condiciones laborales que forman el citado núcleo duro (esto es, no convierte a la normativa del Estado de desplazamiento en la ley rectora del contrato durante el desplazamiento), y sólo en la medida en que tales condiciones se recojan en determinados instrumentos. Lo que, en opinión de Menéndez Sebastián, significa que el trabajador desplazado no siempre va a disfrutar de las mismas condiciones laborales que los trabajadores que realizan esa actividad en la empresa de acogida⁶⁹³.

⁶⁹² R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 65.

⁶⁹³ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 164.

Por lo que respecta a los instrumentos normativos, la Directiva 96/71/CE alude a las materias previstas en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas⁶⁹⁴, y/o convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general tratándose de empresas del sector de la construcción. En relación a estos últimos instrumentos conviene destacar que la Directiva limita su aplicación a los desplazamientos que traen causa en actividades de construcción, de manera que para el resto sólo habrán de tenerse en cuenta las condiciones laborales previstas en normas legales, reglamentarias o administrativas. Por otro lado, conviene igualmente recalcar la especificación que realiza la norma europea en cuanto a su ámbito de aplicación. Y es que únicamente serán de aplicación si disfrutan de eficacia general. Es decir, si deben ser respetados por todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate, correspondientes a su ámbito de aplicación territorial, lo que excluye los pactos colectivos de eficacia limitada o extraestatutarios, bastante generalizados en los ordenamientos europeos⁶⁹⁵.

La Directiva 96/71/CE es consciente de que no todos los Estados miembros disponen de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido expuesto. Por ello, establece una serie de criterios que permiten

⁶⁹⁴ En la ley española encargada de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 96/71/CE (Ley 45/1999, de 26 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. BOE núm. 286, de 30 de Noviembre de 1999), sin embargo, no se hace mención alguna a las normas administrativas. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 164, entiende que estos actos (Circulares, Instrucciones, etc.) no tienen relevancia suficiente en la esfera laboral, pues su función es simplemente la interpretación de normas legales o reglamentarias, que, en definitiva, son las que resultan de aplicación a los trabajadores desplazados.

⁶⁹⁵ En Alemania, por ejemplo, predominan los convenios colectivos de ámbito regional, los cuales coinciden generalmente con la delimitación de los Estados federales. A diferencia de lo que sucede en España, en el Derecho alemán los convenios colectivos no tienen eficacia *erga omnes*, únicamente benefician y obligan a los afiliados al sindicato y a los miembros de la asociación empresarial respectiva, ya que cuentan con eficacia limitada, si bien hay excepciones.

Sirva también de ejemplo el caso de Italia, en donde los convenios colectivos sólo son vinculantes para las partes firmantes –los sindicatos, las asociaciones de empresarios o el empresario- y, en principio, para los empresarios y trabajadores que pertenecen a las asociaciones que los han negociado. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia italiana de la *Corte de Cassazione* ha establecido que todo empresario, que sea miembro de las asociaciones de empresarios que han firmado el convenio colectivo, también está obligado a aplicar las normas negociadas a todos los trabajadores de su empresa, aunque no estén afiliados a los sindicatos firmantes, si los trabajadores así lo desean.

Por su parte, la situación del Reino Unido en relación con el convenio colectivo es atípica dentro de los sistemas industrializados occidentales. Y es que la eliminación de la interferencia de la judicatura en el convenio colectivo permite a las partes que intervienen en la negociación llegar a acuerdos que plasman los frutos de sus negociaciones sin miedo a que sean revocados o interpretados restrictivamente por los jueces.

En una era en la que los mecanismos reguladores de la política social de la Unión Europea están tratando de brindar oportunidades a los interlocutores sociales de desarrollar una legislación y aplicarla a través de convenios colectivos, Reino Unido no posee ningún instrumento adecuado para lograr ese objetivo. En concreto, no existe ningún instrumento capaz de producir efectos *erga omnes*, y ninguna de las cualidades del convenio colectivo británico actual basado en el *common law* parece ser adecuada para que éste sea un instrumento de derecho público para ese fin.

En detalle, G. Rodríguez Folgar, *La Negociación colectiva en Europa. Comisión consultiva nacional de convenios colectivos (MTAS). Colección de Informes y Estudios, Relaciones laborales Madrid, 2004*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Núm. 61, 2006, pp. 192-195.

al juez nacional competente pronunciarse sobre la eficacia de un determinado convenio o laudo cuando se le presente un asunto relacionado con esta materia⁶⁹⁶. Debemos tener en cuenta, además, que, a tenor de la literalidad de la norma europea (“podrán basarse, si así lo deciden”), se trata de una posibilidad y no de una obligación; por lo que los criterios establecidos en esta Directiva entrarán en funcionamiento cuando las normas nacionales que transponen aquélla no contengan otros específicos que permitan tal apreciación.

2. EL ÁMBITO MATERIAL DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO

2.1 CONDICIONES RELATIVAS AL TIEMPO DE TRABAJO

De manera expresa, en la Directiva 96/71/CE el legislador comunitario se refiere a la jornada máxima, los descansos mínimos, las vacaciones anuales y las horas extraordinarias⁶⁹⁷.

El factor temporal es uno de los elementos esenciales de la relación laboral. Para poder desarrollar la actividad laboral contratada es imprescindible fijar el tiempo de trabajo dedicado a su realización, determinando tanto los períodos de realización efectiva de la prestación laboral como los de descanso del trabajador.

En el Derecho europeo la regulación del tiempo de trabajo fue tratada, inicialmente, desde la perspectiva de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la Directiva 93/104/CE⁶⁹⁸. Y es que, en las primeras versiones del TCE, la única oportunidad de regular la materia concerniente al tiempo de trabajo por el Derecho comunitario era hacerlo de manera indirecta⁶⁹⁹.

Sin embargo, con la lectura de la Directiva 93/104/CE se observa que la protección de la seguridad y salud de los trabajadores no era la única finalidad perseguida por la regulación europea, pues, pronto se aprecia que, bajo ese paraguas protector, el legislador europeo quiso recoger criterios comunes aplicables a la jornada de trabajo (especialmente en lo que se refiere al establecimiento de tiempos mínimos de

⁶⁹⁶ Véase artículo 3.8 de la Directiva 96/71/CE.

⁶⁹⁷ Veremos como el legislador español, sin embargo, hace un llamamiento genérico a las condiciones laborales formuladas en los arts. 34 a 38 ET, que se encargan de regular, además de dichos aspectos, los relativos al trabajo a turnos, el trabajo nocturno, ritmo de trabajo y fiestas. Véase, *infra* epígrafe ----

⁶⁹⁸ Directiva 93/104/CEE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE L 307, de 13 de diciembre de 1993). Fue modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE L 195, de 1 de agosto de 2000).

⁶⁹⁹ En profundidad sobre la evolución del Derecho social comunitario, entre otros, J. Cruz Villalón (en colaboración con T. Pérez del Río), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, cit.

descanso)⁷⁰⁰. En este sentido, la regulación comunitaria fue también una norma de armonización que pretendió la concurrencia de las legislaciones nacionales en relación a la duración de la jornada. No obstante, su transposición a los Derechos internos no fue una tarea sencilla. Las condenas que el TJUE impuso a varios Estados miembros son una muestra de dicha dificultad⁷⁰¹.

La actual Directiva 2003/88/CE⁷⁰² no se sustenta únicamente, como señala Serrano Argüello, sobre la competencia comunitaria relativa a la seguridad y salud de los trabajadores (aunque éste siga siendo su objetivo principal) sino, también, en las más amplias facultades de regulación de las condiciones de trabajo en general que permite el artículo 153 del TFUE, posibilitando así una mejor adaptación del tiempo de trabajo a la actual economía flexible y a las necesidades del mercado⁷⁰³.

La Directiva 2003/88/CE, que incluye a todos aquellos trabajadores que realicen su prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia, ostenta una posición universal en la distribución del tiempo de trabajo en la Unión Europea⁷⁰⁴.

En su artículo 2 se define al tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Y el período de descanso se explica, por exclusión, como todo período que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe, en consecuencia, ninguna categoría intermedia, por lo que un período determinado sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso. Criterio que ha mantenido el TJUE en sus pronunciamientos al no permitir que los Estados miembros puedan determinar el alcance de tales definiciones (regulando condiciones o señalando ciertas restricciones al concepto comunitario) sobre la base de que se trata de conceptos de Derecho comunitario que requieren ser definidos

⁷⁰⁰ N. Serrano Argüello, *La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del Derecho comunitario y su jurisprudencia-Especial atención a su repercusión en el sector sanitario*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, Núm. 6, 2005, pp. 105 y 106.

⁷⁰¹ Véase las SSTJCE de 9 de marzo y 8 junio de 2000 (asuntos C-386/98 y C-46/99) que condenan a Italia y Francia por no haber procedido a una adecuada transposición de la Directiva; o la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (asunto C-484/04) que condena al Reino Unido e Irlanda del Norte por el mismo motivo.

⁷⁰² Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE L 299, de 18 de Noviembre de 2003). Esta norma contiene las disposiciones de la Directiva 93/104/CEE y de las modificaciones que sobre la misma llevó a cabo la Directiva 2000/34/CE. Esta norma se encuentra actualmente en fase de revisión. Véase, Consulta pública acerca de la revisión de la directiva sobre el tiempo de trabajo. Disponible en:

https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDYQFjADahUKEwjx4qW2s7DHAhVdXBQKHe3YB_4&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D13085%26langId%3Des&ei=mPnRVfG2J8O4Ue2xn_AP&usg=AFQjCNFsYHTXstu3PnhCsD1dWf7iRUrsEQ&bvm=bv.99804247,d.d24&cad=rja

⁷⁰³ N. Serrano Argüello, *La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del Derecho comunitario y su jurisprudencia-Especial atención a su repercusión en el sector sanitario*, cit., p. 109.

⁷⁰⁴ Aunque para algunos ámbitos sólo resulten de aplicación las normas relacionadas con los tiempos máximos de trabajo o bien los mínimos de descanso. Véase artículo 1 Directiva 2003/88/CE.

según características objetivas y comunes (que son las que ofrece la Directiva comunitaria)⁷⁰⁵. Por lo tanto, todos los Estados miembros, con el objeto de proteger eficazmente la seguridad y la salud de los trabajadores deben garantizar de forma uniforme el respeto a los umbrales fijados por la Directiva, fundamentalmente los relativos a la duración máxima del tiempo de trabajo y al cumplimiento de los descansos.

Esta norma ha supuesto que la mayoría de los ordenamientos nacionales de la UE tengan una jornada máxima similar de cuarenta horas semanales de promedio con el máximo absoluto de cuarenta y ocho horas (incluidas las horas extraordinarias) por cada periodo de siete días. Estableciéndose, también como regla general, un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas (a las que se añaden las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE) por cada período de siete días. Si bien, en algunos países como Inglaterra, Francia o Portugal, el descanso semanal es de un único día⁷⁰⁶.

En relación al descanso entre jornadas, el trabajador desplazado a nuestro país tiene derecho a disfrutar de un descanso absoluto de no menos de doce horas (art. 34.3 ET). Este descanso es indisponible para la negociación colectiva, aunque se exceptiona la vía reglamentaria para determinadas actividades. Este límite mejora el comunitario en tanto que la Directiva 2003/88/CE reconoce el derecho de los trabajadores a descansar entre una jornada y otra no menos de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de veinticuatro horas (art. 3). Precisamente ese es el tiempo de descanso establecido en Inglaterra, Francia, Portugal y Alemania. Si bien este último país permite reducir hasta en una hora dicho descanso en los casos de trabajo en hospitales y otros establecimiento de terapia, cuidados y atención de personas, siempre que dicha reducción se compense, en el mismo mes o en un plazo de cuatro semanas, mediante prolongación de otro periodo de descanso hasta alcanzar, al menos, doce horas⁷⁰⁷.

El derecho al descanso dentro de la jornada de trabajo varía de unos Estados miembros a otros. Mientras que en nuestro país el trabajador tiene derecho a descansar quince minutos por cada seis horas continuadas de trabajo y, caso de ser menor de edad, treinta minutos por cada cuatro horas y media de trabajo continuado (art. 34.4 ET), en otros, este descanso es ligeramente superior. Así, en Alemania se reconoce el derecho de los trabajadores a descansar media hora si la jornada es superior a seis horas continuadas y

⁷⁰⁵ Véanse las SSTJCE de 3 de octubre de 2001, *SIMAP* (asunto C-303/98), apdo. 47; de 9 de septiembre de 2003, *Kiel y Jaeger* (asunto C-151/02), apdos. 58 y 59; de diciembre de 2005, *Addelkader Delllas* (asunto C-14/04), apdos. 44 y 45; y las Conclusiones de la abogada general J. Kokott, de 17 de noviembre de 2011 (asunto C-393/10), apdo. 25.

⁷⁰⁶ Datos obtenidos del trabajo de P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 169-175, en donde analiza las condiciones relativas al tiempo de trabajo en distintos Estados miembros.

⁷⁰⁷ De nuevo, véase P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 171 y 172.

cuarenta y cinco minutos si la jornada diaria supera las nueve horas. En Inglaterra, el descanso tiene una duración de veinte minutos por cada seis horas de trabajo. Y en Portugal, los trabajadores tienen derecho a una hora de descanso, por cada cinco de trabajo consecutivas, aunque este límite puede ampliarse por convenio colectivo hasta seis horas consecutivas⁷⁰⁸.

Junto a la jornada y los descansos debemos analizar igualmente las horas extraordinarias, no sólo en relación a su retribución (tal y como menciona la propia Directiva 96/71/CE), sino también en relación a la totalidad de su régimen jurídico por cuanto su realización influye en la duración máxima del tiempo de trabajo y del mínimo de descanso.

En nuestro ordenamiento jurídico se establece un límite máximo anual de ochenta horas extraordinarias (art. 35 ET). De manera que el trabajador desplazado a nuestro país podrá realizar como máximo ochenta horas extraordinarias si el desplazamiento dura un año; límite que se reducirá de manera proporcional si la duración prevista fuera inferior. En Alemania se puede trabajar, durante treinta días al año, dos horas más de la jornada ordinaria. En Portugal los límites varían en función del tamaño de la empresa: ciento setenta y cinco horas al año para el caso de una microempresa, y ciento cincuenta horas anuales para las medianas y grandes empresas. Aunque, mediante convenio colectivo es posible ampliar a doscientas horas anuales dicho límite máximo⁷⁰⁹.

El caso del Reino Unido es singular, pues no existe regulación específica sobre horas extraordinarias. La ley británica se limita a establecer que el trabajador no puede ser obligado a trabajar más de cuarenta y ocho horas a la semana⁷¹⁰; *sensu contrario* si existe un consentimiento expreso por parte del trabajador reflejado en el contrato de trabajo es posible ampliar dicho límite temporal. Esa falta de regulación implica no sólo que no se haya establecido un salario mínimo para su retribución, sino que no existe si quiera obligación legal para el empleador de abonar o compensar esas horas extraordinarias. De manera que la realización y contraprestación de horas extraordinarias dependerá de que ambos aspectos se recojan de manera expresa en el contrato de trabajo⁷¹¹.

Por lo que respecta a su contraprestación, las horas extraordinarias realizadas por un trabajador desplazado a España pueden ser retribuidas (nunca en cuantía inferior a la de la hora ordinaria) o compensadas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. Ahora bien, el legislador español opta por compensar mediante descanso equivalente,

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

⁷⁰⁹ Una vez más, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 173.

⁷¹⁰ The Working Time Regulations 1998, Part II.4.

Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/1998/1833/contents/made>

⁷¹¹ Información disponible en la web oficial del Gobierno de Irlanda del Norte: <http://www.nidirect.gov.uk/overtime>

dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, las horas extraordinarias realizadas, salvo que exista un convenio sectorial⁷¹² o un pacto en contrario (art. 35 ET).

En el caso portugués, por ejemplo, la prestación de trabajo extraordinario otorga al trabajador el derecho a un descanso compensatorio remunerado correspondiente al 25% más de las horas ordinarias de trabajo realizadas. De similar manera, en Francia, salvo que por convenio colectivo se establezca otra forma de retribución o se fije un tiempo equivalente de descanso, las cuatro primeras horas extraordinarias se retribuyen un 25% más que las ordinarias y a partir de la quinta, un 50% más.

Por lo que respecta al periodo de vacaciones, la duración es similar en la mayoría de Estados miembros debido, de nuevo, a la norma europea sobre tiempo de trabajo que reconoce el derecho a cuatro semanas de vacaciones, no compensables económicamente, salvo extinción de la relación contractual⁷¹³. Así, por ejemplo, se reconoce el derecho a veinticuatro días laborables en Alemania (aunque la mayoría de convenios firmados a partir de 1994 elevan a treinta los días de vacaciones⁷¹⁴), a cuatro semanas en Reino Unido, y a un mes en Francia (ampliable por convenio colectivo).

En nuestro país, el art. 38 ET establece un periodo vacacional de treinta días naturales por año trabajado (ampliables por convenio colectivo o pacto individual). De manera que el trabajador que sea desplazado a nuestro país disfrutará de dicho periodo si su contrato dura, al menos, un año y dicha duración coincide con la del desplazamiento. En caso de ser inferior, los días a que tenga derecho en proporción al tiempo trabajado se compensarán económicamente conforme a las reglas españolas. Sin embargo, si la duración del contrato no coincide con la del desplazamiento, esto es, si dicho trabajador ya prestaba servicios para ese mismo empresario en el Estado de origen y su desplazamiento es inferior a un año, el tiempo que dure tal desplazamiento computará a efectos de generar el derecho a vacaciones conforme a nuestro ordenamiento jurídico, pero no determinará la ley aplicable a todo el periodo vacacional. En otras palabras, el derecho al periodo vacacional se reconocerá conforme a cada una de las legislaciones en juego en función del tiempo trabajado desde el disfrute del último periodo vacacional hasta que venza el año⁷¹⁵. De manera que si el trabajador, tras sus últimas vacaciones trabaja en distintos Estados miembros, dispondrá para el nuevo periodo vacacional del número de días que resulte de sumar los derechos generados en cada uno de dichos Estados.

⁷¹² Véase en este sentido, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 172.

⁷¹³ Art. 7 de la Directiva 2003/88/CE.

⁷¹⁴ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 174.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 173.

En materia de tiempo de trabajo existe, por tanto, una aproximación de legislaciones nacionales fruto de las Directivas 2003/88/CE y 2010/18/UE⁷¹⁶, de manera que todos esos aspectos han sido tratados por las distintas normativas nacionales desde una perspectiva de valoración idéntica y a partir de un mínimo de derechos. Es cierto, no obstante que la primera de dichas normas permite a los Estados miembros excepcionar parte de sus disposiciones atendiendo a las particularidades de ciertas actividades productivas⁷¹⁷, sin embargo, no es menos cierto que tal posibilidad aparece suficientemente delimitada⁷¹⁸.

Es por ello que a la hora de determinar el régimen más beneficioso para el trabajador desplazado, la comparación entre normativas debe realizarse con cautela, no atendiendo a la literalidad de los contenidos normativos, sino a su propósito a fin de no comprometer la libre prestación de servicios. En este sentido, se debe optar por la norma que se considere más favorable en su conjunto, con independencia de que en relación a alguna cuestión concreta el ordenamiento excluido sea más favorable. Una interpretación diferente de la normativa sobre trabajadores desplazados sobrecargaría al empresario, como ya tuvimos ocasión de analizar, con una duplicidad de obligaciones por el mero hecho de desplazar a sus trabajadores a otro Estado, y supondría, tal y como expresa Menéndez Sebastián, “tejer un manto protector para el trabajador que no alcanzaría si prestase servicios en un único Estado. La finalidad de estas normas es garantizar al trabajador desplazado el disfrute de unas condiciones laborales no inferiores a las asignadas a los trabajadores del Estado de acogida, y no la atribución de un régimen de pluriprotección, que suponga el absurdo goce de las condiciones más favorables de uno y otro Estado”⁷¹⁹.

2.2 EL SALARIO MÍNIMO

De todas las materias contempladas por la Directiva 96/71/CE, la cuantía mínima del salario constituye, quizás, la de mayor trascendencia, en cuanto que se trata de una de las condiciones de trabajo que mayores ventajas competitivas entre empresas ha supuesto en el marco de las prestaciones de servicios intraeuropeas. Esta situación viene derivada, en gran medida, de la circunstancia de que la UE no cuenta con competencias de

⁷¹⁶ Directiva 2010/18/Unión Europea del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la Unión Europea, APME, el CEEP y la CES (DOUE L68, de 18 de marzo de 2010) y se deroga la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DOUE L145, del 19 de junio de 1996).

⁷¹⁷ Art. 17 de la Directiva 2003/88/CE.

⁷¹⁸ R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 78.

⁷¹⁹ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 198.

intervención sobre esta materia⁷²⁰, quedando enteramente reservada su regulación a los legisladores nacionales. De ahí la relevancia de esta Directiva que, sin embargo, podía verse minorada en la práctica desde el momento en que en algunos países europeos no existe la figura del SMI y los convenios colectivos no presentan eficacia general⁷²¹.

Establecida dicha premisa debemos aclarar que la Directiva 96/71/CE no garantiza al trabajador desplazado el mismo salario que perciben los trabajadores que llevan a cabo esa misma actividad en el Estado de acogida, sino la cuantía de salario mínimo que rige en ese ámbito. Me explico, al establecerse en la propia norma europea (art. 3.1 *in fine*) que la noción de cuantías de salario mínimo se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado, la Directiva lo que hace es asegurar que dicho trabajador desplazado va a percibir el salario que ha sido fijado como mínimo para dicho sector de actividad. Cuantía que en ningún caso, será la que finalmente reciba ese trabajador, pues ésta se verá incrementada por una serie de complementos salariales inherentes a las situaciones de desplazamientos temporales transnacionales.

Del mismo modo, la Directiva 96/71/CE tampoco garantiza la aplicación de la legislación salarial del Estado de acogida en cualquier caso. Únicamente tras comprobar que la protección salarial de los trabajadores no queda garantizada en igual o superior medida por la legislación del Estado de origen podrá darse entrada a la regulación nacional del Estado de destino. Recordemos, una vez más, que si bien el TJUE admite la aplicación por el Estado de acogida de la legislación y convenios colectivos en materia de salario mínimo a toda persona que realice en su territorio un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de manera temporal, así como la posibilidad de los Estados de hacer cumplir dichas normas por los medios oportunos⁷²², ese mismo tribunal ha señalado que no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios⁷²³.

⁷²⁰ El artículo 153.5 del TFUE excluye, entre otras, la materia de remuneración del ámbito de intervención europeo.

⁷²¹ Me remito en este punto a lo ya expuesto en la nota a pie 695. No obstante, en materia de regulación del SMI por convenios colectivos resultan interesantes las SSTJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, cit., que declara no aplicable al caso en cuestión, la regulación de SMI contenida en un convenio colectivo, sobre la base de que dicho convenio carece de eficacia *erga omnes*; y de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, cit., en la que el Tribunal señaló que, al carecer la legislación nacional (sueca, en este caso) de cláusulas sobre salario mínimo generalizadas, y no estando obligada la empresa (letona) que, en el marco de una prestación de servicios, desplazó trabajadores al país a aplicar el convenio general de la construcción sueco, la exigencia de una determinada cantidad salarial no podía considerarse SMI, sino cuantías más elevadas de salario, lo cual no quedaba incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva.

⁷²² STJCE de 3 de febrero de 1982, *Seco*, cit., apdo. 14; STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, cit., apdo. 18; en el apdo. 23 de la STJCE de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst* (asunto C-43/93); y STJCE de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, cit., apdo. 12.

⁷²³ STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., apdos. 34 y 35; sentencia de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, cit., apdo. 19; sentencia de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit., apdo. 21; sentencia de 19 de enero de 2006, *Comisión/Alemania*, cit., apdo. 31; sentencia de 21 de septiembre de 2006 *Comisión/Austria*, cit., apdo. 37; sentencia de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros*, cit., apdo. 45; sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Comisión/Bélgica*, cit., apdo. 44; y sentencia de 3 de diciembre de 2014, *De Clercq y otros*, cit., apdo. 62.

De manera que antes de imponer al empresario que desplaza al trabajador a otro Estado miembro el respeto del salario mínimo de dicho territorio, es preciso comprobar que la exigencia que se pretende imponer supone efectivamente para el trabajador afectado una ventaja real que contribuye de manera significativa a su protección social. *Ergo*, si la misma queda suficientemente garantizada con la aplicación de la normativa del Estado de origen no podrá cargarse al empresario con el coste salarial del Estado de destino, aunque éste contenga conceptos salariales no reconocidos en la ley rectora del contrato, tal y como señala Menéndez Sebastián⁷²⁴.

Precisamente para poder llevar a cabo dicha comparación y exigir a una empresa que pague a sus trabajadores desplazados el importe del salario mínimo profesional reconocido para ese sector en el Estado de acogida, es preciso que las normas en juego sean claras y accesibles, de lo contrario puede ser excesivamente difícil, e incluso imposible, para ese empresario conocer con certeza las obligaciones salariales que debe cumplir⁷²⁵. Este planteamiento ha sido recogido en la nueva Directiva 2014/67/UE en la que se insta a los Estados miembros a velar por que dicha información esté públicamente disponible, sea gratuita y se facilite un acceso claro y efectivo a la misma⁷²⁶ (a través de un portal web oficial único a escala nacional⁷²⁷), no solo a los prestadores de servicios de otros Estados miembros, sino también a los propios trabajadores desplazados⁷²⁸. De hecho, esta Directiva dedica un capítulo específico (el capítulo II) a determinar las directrices que han de cumplir los Estados miembros para cumplir de manera correcta con dicho propósito informativo.

Aunque este deber de información por parte de los Estados miembros viene referido a todas las condiciones de trabajo y empleo a las que se refiere el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, lo cierto es que se pone especial interés en la materia salarial. Algo que queda de manifiesto al establecerse que la información que ha de facilitarse deberá incluir, en particular, la relativa a las diferentes cuantías de salario mínimo y sus conceptos constitutivos, al método utilizado para calcular la remuneración y, en su caso, a los criterios cualitativos de clasificación en las diferentes categorías salariales (art. 5.4).

En ese sentido, y por lo que respecta a nuestro país, el legislador español ha aclarado que la cuantía de salario garantizable se refiere al salario bruto. Esto es, salario base, complementos (inherentes al puesto o personales, si en el trabajador concurrían las circunstancias necesarias para su reconocimiento), pagas extraordinarias y, en su caso, horas extraordinarias⁷²⁹; debiendo contemplarse en el salario que percibiría el trabajador

⁷²⁴ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 195.

⁷²⁵ *Ibidem*. También se infiere del trabajo de F. De Vicente Pachés, *Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro*, cit., pp. 248 y 249.

⁷²⁶ Considerando 18 de la Directiva 2014/67/Unión Europea.

⁷²⁷ Considerando 20 y artículo 5 de la Directiva 2014/67/Unión Europea.

⁷²⁸ Considerando 21 y artículo 5 de la Directiva 2014/67/Unión Europea.

⁷²⁹ Art. 4.1 de la Ley 45/1999.

en el Estado de destino los complementos que la empresa satisfaga a dicho trabajador en concepto de desplazamiento (más allá de los que se limiten a cubrir o compensar los gastos que aquél ocasione)⁷³⁰ y qué más adelante analizaremos. En relación a estos últimos, la Directiva 2014/67/UE ha establecido, en aras de la correcta remuneración del trabajador, que dichos complementos, siempre que puedan considerarse parte de las cuantías del salario mínimo, solo deberán descontarse de la remuneración si la normativa, los convenios colectivos y las prácticas nacionales del Estado miembro de acogida así lo establecen⁷³¹.

No obstante, a pesar de la aparente preocupación del legislador europeo por detallar los aspectos salariales, lo cierto es que la Directiva 96/71/CE permite la inaplicación de la regla salarial a ciertos desplazamientos. En concreto, se trata de aquellos que tienen como finalidad trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministros de bienes, indispensables para la puesta en funcionamiento del bien suministrado y ejecutados por los trabajadores cualificados y/o especializados de la empresa proveedora, cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días⁷³². Por otro lado, se posibilita también que los Estados, previa consulta a los interlocutores sociales, puedan no aplicar esta previsión salarial a los trabajos de escasa importancia (correspondiendo a cada Estado concretar qué se entiende por “escasa importancia”), salvo en el sector de la construcción; o a los desplazamientos de duración inferior a un mes, siempre que la causa del desplazamiento sea la realización de una obra o servicio o se haya realizado dentro de la misma empresa o grupo⁷³³. Puesto que este aspecto ya ha sido tratado en el capítulo II de esta tesis nos limitamos a apuntarlo de nuevo aquí y nos remitimos a lo dicho entonces⁷³⁴.

Por último no debemos olvidar las novedades que ha introducido la Directiva 2014/67/UE en relación a esta materia: la defensa de los derechos de los trabajadores (art. 11) y la responsabilidad solidaria o directa del contratista en relación con salarios pendientes adeudados al trabajador y contribuciones a fondos comunes o de organizaciones sindicales (art. 12).

En efecto, a pesar de que la Directiva 96/71/CE contemplaba la posibilidad de entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio estuviese o hubiese estado desplazado el trabajador⁷³⁵, el art. 11 señala de manera específica que los Estados miembros garantizarán, en particular, que se disponga de los mecanismos necesarios

⁷³⁰ Art. 4.3 de la Ley 45/1999.

⁷³¹ Considerando 35 de la Directiva 2014/67/UE.

⁷³² Art. 3.2 de la Directiva 96/71/CE. Excepción que no puede aplicarse cuando se trate de las actividades en el ámbito de la construcción mencionadas en el Anexo de la Directiva.

⁷³³ Art. 3.3 de la Directiva 96/71/CE.

⁷³⁴ Véase epígrafe 2.1.1 del Capítulo II.

⁷³⁵ Sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial (artículo 6 de la Directiva 96/71/CE).

para que los trabajadores desplazados puedan recibir: a) toda remuneración neta pendiente que se les adeude conforme a las condiciones de empleo aplicables según el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE; b) todos los atrasos o los reembolsos de impuestos o cotizaciones a la seguridad social retenidos indebidamente de sus salarios; c) el reembolso de los costes excesivos, en relación con la remuneración neta o con la calidad del alojamiento, retenidos o deducidos de los salarios en concepto del alojamiento proporcionado por el empleador; d) las cotizaciones del empleador adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales retenidas indebidamente de sus salarios.

Resulta, sin embargo, llamativo el apartado tercero de este precepto 11 en donde se indica que los sindicatos pueden, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida, y siempre y cuando tengan un interés legítimo en el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE, ejercer acciones judiciales o administrativas en nombre o en apoyo del trabajador y con su aprobación. Y es que la exigencia de esa aprobación expresa por parte del trabajador para que el sindicato pueda interponer una acción constituye un requisito que, en principio, podría chocar con los sistemas de algunos Estados en los que una organización sindical puede ejercer acciones colectivas en defensa de los derechos de los trabajadores sin necesidad de contar con la aprobación del trabajador (caso de España, por ejemplo⁷³⁶). Será, no obstante la propia norma la que más adelante aclare que tal posibilidad se entiende sin perjuicio de las competencias de los interlocutores sociales y de los representantes de los trabajadores contempladas en los Derechos nacionales (art. 4.b de la Directiva 2014/67/UE).

Por lo que respecta a la responsabilidad directa del contratista en materia salarial, la Directiva 2014/67/UE levantó más expectativas de lo conseguido finalmente. Y es que, no sólo hace una distinción en función de la actividad desarrollada, sino que además, dentro del mismo grupo de actividades permite excepcionar la regla de la solidaridad.

En efecto, para las actividades contempladas en el Anexo de la Directiva 96/71/CE (básicamente, actividades de la construcción) se contempla un mayor grado de compromiso por parte de los Estados miembros al señalar que éstos *establecerán* medidas que garanticen que, en las cadenas de subcontratación, los trabajadores desplazados puedan hacer responsable del respeto de sus derechos (es decir, salarios adeudados y contribuciones a fondos sindicales), al contratista del que el empleador sea subcontratista directo, además de al empleador o en su lugar (art. 12.2). Por el contrario, para aquellas otras actividades distintas de las contempladas en aquel Anexo, la

⁷³⁶ La legitimación procesal de los sindicatos es reconocida por nuestros tribunales, en el sentido de que, aunque los sindicatos no pueden considerarse guardianes abstractos de la legalidad, desempeñan una función de representación y defensa de los intereses de los trabajadores. Si bien, para ejercer esta función en un proceso debe existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto de debate en el pleito de que se trate. Vínculo o nexo que debe ser profesional o económico y ello sin perjuicio de reunir los necesarios requisitos de representatividad o implantación en el ámbito del conflicto. Véanse al respecto las SSTC 215/2001, de 29 de octubre de 2001; 84/2001, de 26 Marzo de 2001; 24/2001, de 29 Enero de 2001; y 7/2001, de 15 Enero de 2001. Cita de P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 63.

Directiva otorga a los Estados miembros la *posibilidad* de regular dicha responsabilidad (art. 12.4). No obstante, como señalábamos, incluso para las actividades contempladas en dicho anexo, la Directiva 2014/67/UE permite a los Estados miembros establecer un sistema de responsabilidad alternativo a la solidaridad del contratista (art. 12.6). Sostiene Páramo Montero, que esta posibilidad supone una concesión hecha a los Estados miembros que durante la negociación del texto se mostraron contrarios a este sistema de responsabilidad porque no lo tenían instaurado en su ordenamiento jurídico y que denunciaban que el establecimiento de este esquema de responsabilidad solidaria en su ordenamiento podía distorsionar su mercado⁷³⁷.

Pero hay más y es que la propia Directiva permite que los Estados Miembros regulen exclusiones de responsabilidad si el contratista ha actuado con la diligencia debida de acuerdo con la normativa nacional; dejando así abierta la definición de “diligencia debida” a cada Estado Miembro.

En definitiva, la Directiva 2014/67/UE no ha podido extender con carácter uniforme el sistema de responsabilidad solidaria en las cadenas de subcontratación, de manera que la coexistencia de diferentes sistemas de responsabilidad está garantizada. Lo que, coincidiendo con Páramo Montero, conllevará que los prestadores de servicios puedan elegir qué mercado les es más favorable o menos estricto para desplazar a sus trabajadores⁷³⁸.

2.2.1 Su relevancia en los desplazamientos transnacionales temporales de trabajadores

Desde el inicio de esta tesis venimos incidiendo en que la movilidad internacional de los empleados de empresa se está incrementando en los últimos años como consecuencia de los procesos de internacionalización que las mismas están llevando a cabo para aprovechar las oportunidades de negocio en el extranjero.

En este contexto, uno de los grandes retos a los que se enfrentan en la actualidad las empresas en sus procesos de movilidad internacional es la definición de las políticas retributivas y de beneficios que integran el paquete de compensación total del empleado al que se le asigna un destino internacional temporal.

El objetivo de estas políticas de compensación y beneficios es asegurar que los trabajadores desplazados, así como sus familias, estén apoyados por políticas y prácticas que, en cualquier caso, garanticen tanto su capacidad adquisitiva como su seguridad, su comodidad en el país de destino y el atractivo profesional del proyecto internacional que se les asigne.

⁷³⁷ P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 64.

⁷³⁸ *Ibidem*.

La mejora de la retribución del trabajador es una operación prácticamente ineludible cuando éste va a llevar a cabo su labor en el extranjero. De hecho, la expectativa de incremento del poder adquisitivo es un aliciente para el trabajador a la hora de decidirse por aceptar un destino internacional temporal.

En efecto, el interés económico figura dentro de las principales motivaciones de los profesionales a la hora de aceptar la oferta de trabajo transnacional, junto con otros elementos de índole distinta más vinculados con la promoción en el trabajo y el desarrollo profesional⁷³⁹. Esto provoca que el reconocimiento de ventajas de carácter económico sea el mejor instrumento para conseguir la continuidad jurídica de la relación contractual con el trabajador, así como el mantenimiento del estatus laboral del trabajador durante su desplazamiento al extranjero. Esta es también la razón por la que la mayoría de trabajadores que prestan temporalmente servicios en el extranjero perciben salarios más altos que los que se pagan a trabajadores comparables dentro de la misma organización productiva en el país origen (además de otros importes o servicios que no forman parte del salario en sentido estricto y que analizaremos más adelante).

Por ello, lo que algunos han denominado “la compensación salarial internacional” gana cada vez más protagonismo en el contexto empresarial. El conocimiento de los mercados retributivos, las estructuras salariales y las políticas y prácticas de compensación y beneficios de los países en los que operan las compañías es fundamental para el diseño de dichos paquetes de compensación y para adecuarse a la nueva realidad⁷⁴⁰.

Pues bien, tras haber puesto de manifiesto la importancia de este aspecto de la prestación de servicios transnacional y, dado que la materia económico-retributiva es uno de los contenidos, sino el principal que acapara la regulación convencional, resulta llamativo el hecho de que su determinación muestra una destacada individualización e informalidad⁷⁴¹. Y es que en la mayoría de los casos la fijación de esta cuantía económica se lleva a cabo a través de procesos bilaterales cuyo contenido se recoge como pacto o acuerdo anexo al contrato de trabajo original. En ese sentido, tal y como señala Molina Martín, la negociación colectiva corre el riesgo de quedar relegada al

⁷³⁹ Así lo refleja A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 314-317.

Estos aspectos también se ponen de manifiesto en S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, IESE Business School, Centro Anselmo Rubiralta de Globalización y Estrategia, Universidad de Navarra, 2005. Disponible en: <http://myslide.es/documents/iese-expatriacion.html>

⁷⁴⁰ J.A. López, *Aspectos retributivos de la movilidad internacional de trabajadores*, Blog de Ciencias del Trabajo y RR.HH., UDIMA, agosto, 2015. Disponible en: <http://www.rhhudima.com/?p=495>

⁷⁴¹ Véase en este sentido el Estudio de PwC sobre movilidad 2014: *Movilidad con sentido*, cit., p. 18, donde se aboga por negociaciones colectivas, en vez de acuerdos a medida e individualizados que no hacen sino ralentizar la movilidad del trabajador.

ámbito meramente nacional de relaciones laborales, a pesar de su papel preeminente en la regulación de las condiciones de trabajo⁷⁴².

En otro orden de cosas, la manera por la que el personal afectado por una prestación temporal de servicios en el extranjero ve compensados los inconvenientes que la misma supone, sobre todo, en el ámbito personal y familiar –cambio de residencia, integración en la sociedad de acogida, etc.- tiene como contrapartida empresarial el incremento de costes consustancial a dicha situación. Esto es, la empresa para conseguir esa mayor ventaja competitiva que la prestación temporal del trabajador en el extranjero va a reportarle ha de soportar el incremento de los gastos inherentes a tales prácticas⁷⁴³. Esta circunstancia, unida al impacto que el actual entorno económico está teniendo sobre las empresas, está haciendo que éstas rediseñen sus políticas de desplazamientos internacionales en lo que a compensación y beneficios se refiere.

Los procesos de ajuste de las estructuras organizativas que están llevando a cabo muchas empresas y, por otro lado, el aumento de mano de obra disponible para salir al extranjero, están provocando una contención en los paquetes retributivos que se ofrecen a los empleados frente a la generosidad que en este sentido se predicaba no hace tanto tiempo⁷⁴⁴.

2.2.2 La determinación de la retribución y los complementos salariales

La práctica empresarial ha desarrollado diversas fórmulas de cálculo del salario en el extranjero, entre las que destaca el llamado “sistema de transferencia equivalente” u “hoja de balance”⁷⁴⁵, con el que se pretende garantizar al trabajador el mantenimiento de un poder adquisitivo comparable al que tendría en el país de origen con un salario equivalente. Se trata de un modelo de compensación a través del cual las empresas (normalmente asesoradas por compañías especializadas en la gestión de recursos humanos a nivel internacional) calculan la estructura retributiva y, sobre todo, el montante que han de alcanzar las diferentes partidas que la componen con el objetivo de equilibrar el diferencial entre el poder adquisitivo del trabajador en el país de origen y el país de destino⁷⁴⁶. Con ello se pretende que el trabajador desplazado en el marco de una

⁷⁴² Véase el estudio que realiza A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 244-271, sobre el papel de la negociación colectiva en materia de prestación de servicios temporales en el extranjero.

⁷⁴³ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 315, señala una diferencia de costes desde hasta un cincuenta por ciento en referencia a determinadas empresas multinacionales españolas.

⁷⁴⁴ J.A. López, *Aspectos retributivos de la movilidad internacional de trabajadores*, cit.

⁷⁴⁵ De acuerdo con el *Informe mundial de políticas y prácticas retributivas*, elaborado por ORC (Organization Resources Counselors), el 81% de las compañías multinacionales se valen de este instrumento.

⁷⁴⁶ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 318.

prestación de servicios transnacional no sufra, al menos en el ámbito retributivo, ninguna repercusión negativa.

La hoja de balance permite obtener un panorama general acerca de todas las variables que pueden afectar al nivel de vida del trabajador desde cualquier punto de vista, tanto en el plano profesional como en el personal. Y es que en ella se tienen en cuenta cuatro categorías principales de gastos: los impuestos, los gastos de vivienda, el consumo de bienes y servicios, y la reserva –cantidades que se destinan a ahorros, inversiones, imprevistos, etc.-.

Las empresas suelen aplicar unas pautas similares a la hora de elaborar la hoja de balance que contendrá la propuesta económica que se le va a presentar al trabajador. En este sentido, se realiza un cálculo inicial, cuya base o referencia la constituye el salario neto que percibiría el trabajador en el país de origen⁷⁴⁷. A éste se le deducirán las cargas sociales y fiscales establecidas en el país de destino, de manera que el resultado final debe alcanzar o superar el salario neto que le correspondería en el país de origen. En una fase posterior, se valorará el diferencial de coste de vida entre el país de origen y el de destino por medio del reconocimiento de una serie de complementos salariales, que se erigen en los verdaderos incentivos económicos para el trabajador y que están destinados a compensar la dureza o el riesgo que conlleva desplazarse a otro país⁷⁴⁸.

Una vez que la hoja de balance ha sido confeccionada, su contenido habrá de ser adaptado al caso concreto de desplazamiento internacional, es decir, a las circunstancias particulares del trabajador y a las de la nueva situación, tanto a nivel laboral como personal y familiar.

Presentada la metodología que es frecuentemente utilizada por las empresas para calcular una retribución que resulte atractiva al trabajador al que se pretende desplazar, pasemos a analizar los distintos complementos salariales empleados en ese cálculo.

a) Complemento de destino en el extranjero

Este complemento, también conocido como “prima por expatriación”⁷⁴⁹, es el complemento salarial más característico dentro de los distintos conceptos retributivos que perciben los trabajadores que, de manera temporal, prestan servicios para su empresa en el extranjero⁷⁵⁰. Lo que no implica que el salario de todos los desplazados

⁷⁴⁷ Esta cantidad se habrá de valorar teniendo en cuenta el tamaño de la unidad de convivencia del trabajador y el nivel medio de gastos corrientes que se estima en dicho grupo familiar y que incluye cantidades destinadas a vivienda, vestido, alimentación, ocio o imprevistos, entre otros. Véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 319.

⁷⁴⁸ S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, cit., p. 34.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁵⁰ De hecho, señala A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 321, que también tiene lugar en el ámbito de las retribuciones de los funcionarios en régimen de movilidad geográfica internacional. Y cita como ejemplo el de aquéllos funcionarios que prestan

comprenda este específico plus, pero sí es cierto que se trata de uno de los complementos que con mayor frecuencia se contempla en las experiencias de desplazamiento internacional de trabajadores.

La prima de expatriación es generalmente considerada como un complemento de puesto de trabajo cuya percepción es ocasional, pues se asocia a la productividad y al rendimiento del trabajador, y cuyo carácter es variable y, por lo general, no consolidable⁷⁵¹.

La determinación de su cuantía se realiza de forma diferenciada y específica, lo que sirve de incentivo para que el trabajador acepte el destino internacional⁷⁵². Con su abono se pretende compensar al trabajador por la separación que este tipo de desplazamiento suele implicar a todos los niveles (personal, familiar, afectivo, cultural, etc.)

b) Complemento o prima de país

De nuevo nos encontramos ante un plus salarial que no se percibe de manera genérica en cualquier tipo de desplazamiento transnacional temporal.

Mediante esta prima se trata de incentivar aquellos desplazamientos que tienen como destino lugares en los que resulta poco recomendable –o, al menos, no en el mismo grado que en el país de origen- acudir a prestar servicios, aunque sea de forma temporal. Se trata de países que por sus especiales características (grandes diferencias lingüísticas, políticas, económicas, sanitarias, etc.) implican mayores dificultades –por idioma, peligrosidad, lejanía, etc.- para el trabajador⁷⁵³. Es decir, su retribución pretende compensar económicamente al trabajador por las previsibles incomodidades o dificultades que caracterizan la vida en el destino seleccionado, en comparación con la calidad de vida y el estado de bienestar que se disfruta en origen.

c) Prima de coste de vida

Mediante este complemento salarial se trata de subsanar el posible contraste entre el poder adquisitivo que el trabajador disfrutaba en el país de origen y el que tiene en el de destino. Para ello, la empresa calcula el coste de vida en el país de destino a partir de las

temporalmente servicios en Eurojust, quienes tienen reconocido el derecho a mantener el régimen retributivo de sus cuerpos de origen, a cuyo efecto el Consejo de Ministros fija las cuantías de las retribuciones complementarias, incluida la indemnización por destino en el extranjero [disp. adic. tercera de la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006)].

⁷⁵¹ Véase, A. Molina Martín, “Los complementos de puestos de trabajo”, en AAVV (Coord. R. Escudero Rodríguez), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 413-423.

⁷⁵² A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 321.

⁷⁵³ De hecho, tal y como ponen de manifiesto S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, cit., p. 35, en la mayoría de los casos, no suele concederse este complemento si el país de destino se encuentra en la Unión Europea, Estados Unidos o Canadá.

diferencias constatadas de precios entre los dos países según un mismo hábito de consumo: cesta de la compra y ponderaciones en base a los datos facilitados por las empresas especializadas⁷⁵⁴, aportando la diferencia siempre que sea necesaria.

La cuantificación se realizará tomando en consideración los elementos principales que repercuten en el nivel de vida y en el poder adquisitivo del trabajador afectado. Esto es, por una parte, el coste directo (precio) e indirecto (impuestos) de consumo de bienes y servicios necesarios o habituales en el estándar de vida en el país de origen⁷⁵⁵; y por otra, la parte de los ingresos que el expatriado puede destinar al ahorro, a la inversión o a otro tipo de consumo.

Señala Molina Martín la conveniencia (tanto para el trabajador como para la empresa – con idea de evitar un posible incremento indebido de costes-) de modular esta cantidad con una estimación de los beneficios asistenciales a los que tiene acceso el trabajador⁷⁵⁶.

d) Otros complementos: las asignaciones asistenciales

Apuntábamos al inicio de este epígrafe que el desplazamiento transnacional de un trabajador no puede suponer una minoración en sus condiciones laborales, aunque éste se realice de manera temporal. En este sentido, los beneficios asistenciales se presentan como una forma de asegurar, como mínimo, el mantenimiento del estatus de ese trabajador⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Existen empresas especializadas en calcular los índices y que siguen la evolución de los diferentes niveles de vida de los países y los actualizan constantemente. Las consultoras especializadas en este ámbito son ORC y ECA Intl. (Employment Conditions Abroad International), de reconocida reputación internacional. Véase, S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, cit., p. 35.

No obstante, atendiendo al informe de 2014 sobre consultoría a nivel mundial, Deloitte (cuya sede principal se encuentra en Estados Unidos), PwC (Reino Unido), EY (conocida como Ernst & Young hasta 2013, Reino Unido), y KPMG (Países Bajos), si bien no se dedican de manera exclusiva a dicho análisis, también lo abordan. Véase, *The 2014 Performance Analysis of The Big Four Firms (Deloitte, EY, KPMG and PwC)*. Disponible en:

<http://www.big4.com/wp-content/uploads/2015/01/The-2014-Big-Four-Firms-Performance-Analysis-Big4.com-Jan-2015.pdf>

Pues bien, todas estas empresas calculan el diferencial entre el coste de la cesta de la compra en el país de origen y en el de destino, teniendo en cuenta diferentes ámbitos de la vida cotidiana: comida, cuidado personal, complementos del hogar, ropa, salud, ocio, transporte, servicio doméstico, restaurantes, etc.

⁷⁵⁵ Es decir, lo que comúnmente conocemos como “cesta de la compra”, que suele estar compuesta, entre otros elementos, de comida, cuidado personal, complementos del hogar, ropa, salud, ocio, transporte, servicio doméstico o restaurantes. Véase, S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, cit., p. 35.

⁷⁵⁶ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 326 y 327.

⁷⁵⁷ Véase la regulación que contiene al respecto el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2002); concretamente acúdase a los arts. 24 (gastos de desplazamiento de familiares del trabajador), 25 (gastos de instalación del personal destinado en el extranjero) y 26 (gastos de viaje, manutención y mudanza).

Resulta llamativa la rúbrica de la Sección 3 (“Traslados” al extranjero) en la que se localizan dichos preceptos, pues a pesar del término empleado, se contempla también la cobertura de los gastos asistenciales cuando se trate de un desplazamiento cuya duración supere los dieciocho meses.

No resulta por tanto irracional que aquellos trabajadores que, de manera temporal, son desplazados por su empresa a otro país gocen de ciertos “privilegios” con respecto al resto de empleados, a la vista de las previsibles alteraciones que la prestación temporal de servicios en el extranjero puede tener en la vida del trabajador y de su familia a todos los niveles⁷⁵⁸.

Estos beneficios o privilegios pueden ser de lo más variado. Por ejemplo, si centramos la atención en su objeto, estos complementos pueden cubrir situaciones derivadas de la propia prestación de servicios, o bien sufragar otras necesidades ajenas a la actividad laboral; atendiendo a la forma en que son abonados, éstos pueden consistir en la entrega de una cantidad de dinero (fija o variable) o en una prestación en especie; y si nuestro interés se centra en el beneficiario es posible que únicamente el trabajador directamente afectado por el desplazamiento quede cubierto, o bien que se contemple también la cobertura de sus familiares⁷⁵⁹.

Estas prestaciones tienen el objetivo de hacer más atractivos los desplazamientos internacionales. Normalmente se conceden en función del puesto que ocupe el trabajador en el país de origen y abarcan prestaciones como la vivienda⁷⁶⁰, la compra de automóvil, desplazamientos (del trabajador⁷⁶¹ o de sus familiares), medidas de seguridad y protección, seguros de vida y de accidentes, el coste de los colegios, la inscripción de la familia en clubes de recreo y deporte o un número de viajes al año al país de origen para toda la familia.

2.3 SALUD, SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

La Directiva 96/71/CE compele a los Estados miembros a velar, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, porque las empresas que desplacen trabajadores al territorio de otro Estado garanticen, entre otras condiciones de trabajo, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo⁷⁶², incluida la protección de las mujeres

⁷⁵⁸ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 327 y 328. Señala la jurista que la sustancialidad de los cambios provocados por el desplazamiento internacional debe ser tomada en especial consideración para evitar que la compensación se reduzca a la fórmula –casi estandarizada– de “compensación por gastos” que dispone el artículo 40 del ET para traslados y desplazamientos de larga duración.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 327.

⁷⁶⁰ Su importe se calcula en función del porcentaje de sueldo que el expatriado dedica a la vivienda en su país de origen y al coste de la misma en ese país. Algunas empresas, en lugar de financiar la vivienda conceden una cantidad neta que el expatriado se administra personalmente como más le convenga. Véase, S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, cit., p. 35.

⁷⁶¹ Desde la perspectiva empresarial, al facilitar al trabajador la vuelta temporal a su país durante algunos días se puede desincentivar el desplazamiento al extranjero del trabajador con su familia, lo que implica un ahorro de costes para la empresa. Véase, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 330.

⁷⁶² Art. 3.1 e) de la Directiva 96/71/CE.

embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes⁷⁶³. Se trata, en definitiva de proteger y prevenir los riesgos que pueden tener lugar durante el desplazamiento, teniendo en cuenta que el trabajador se va de insertar en una nueva organización empresarial distinta de la de origen, en la que puede regir distinta legislación y, por ende, distinta cultura preventiva⁷⁶⁴.

Entiende Quintero Lima que, por el mero desplazamiento, el trabajador no debería, en principio, perder sus derechos laborales específicos reconocidos por la legislación laboral del Estado de origen en el que está establecida la empresa que desplaza. Y es que, en la medida en que los derechos individuales relativos a la seguridad y salud laboral derivan intrínsecamente del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, la extraterritorialidad no debería suponerles obstáculo alguno⁷⁶⁵, especialmente cuando el desplazamiento temporal se produce entre empresas radicadas en distintos Estados de la UE o del EEE⁷⁶⁶.

Siendo rotundo el razonamiento anterior, en la práctica el desplazamiento temporal de un trabajador en el marco de una prestación de servicios transnacional conlleva una serie de duplicidades que pueden plantear ciertos problemas operativos, que, a su vez, podrían concluir en la desprotección del trabajador desplazado. Y es que en estos desplazamientos hay implicadas, al menos, dos empresas: aquella con la que el trabajador mantiene la relación laboral, pero que transitoriamente no recibe la prestación laboral, sino de un modo mediato; y aquella otra empresa que ha contratado con la primera y que recibe directamente la prestación laboral material del trabajador desplazado (con el que no tiene ningún vínculo contractual laboral). A esta duplicidad empresarial se añade, además, una duplicidad de representación de los trabajadores, e incluso, una duplicidad de Administraciones Públicas con competencias en materia preventiva⁷⁶⁷.

⁷⁶³ Art. 3.1 f) de la Directiva 96/71/CE.

⁷⁶⁴ Algo especialmente relevante en sectores laborales como el sanitario o el de la construcción donde la seguridad en el trabajo resulta especialmente importante. En este sentido, el sector de actividad en el que se enmarca el desplazamiento transnacional resulta de especial relevancia, ya que es frecuente que las circunstancias materiales de desarrollo de la actividad no sean iguales en la empresa de origen y en la de destino; especialmente cuando una de ellas sea la de un Tercer Estado ajeno al Derecho Social europeo.

⁷⁶⁵ Según M. G. Quintero Lima, *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales*, cit., pp. 189 y 190, la protección de la integridad física y de la propia vida del trabajador, en tanto derechos humanos universales, deben trascender, en abstracto, las fronteras de los distintos Estados.

⁷⁶⁶ En materia seguridad y salud, las instituciones comunitarias han llevado a cabo un enorme esfuerzo de armonización de las distintas legislaciones nacionales. De tal forma que, si bien respecto de otros derechos laborales no hay unanimidad, en lo que se refiere a los derechos de seguridad y salud sí se percibe de forma unánime la necesidad de la igualdad de trato en materia de riesgos laborales de los trabajadores desplazados, respecto de los trabajadores locales. Sostiene, de nuevo, M. G. Quintero Lima, *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales*, cit., p. 190, que ello se debe quizás a que se trata de una materia en la que se hallan implicadas la vida y la integridad física, que son bienes jurídicos que gozan de una especial consideración en todos los Estados Miembros.

⁷⁶⁷ Por lo que respecta a la primera de las duplicidades (la empresarial) el principal problema de efectividad de los derechos de seguridad y salud es que, en los supuestos de desplazamiento transnacional,

No obstante, esa pluralidad de sujetos implicados resultaría relevante únicamente en la medida en que provocasen alteraciones en los mecanismos de tutela de los derechos de seguridad y salud previstos. En efecto, que haya una presencia plural de empresarios no habría de generar situaciones preocupantes desde el punto de vista preventivo; es más, sería previsible entender que, a mayor número de sujetos implicados, habría mayor protección preventiva⁷⁶⁸. Y si esto es cierto desde un punto de vista teórico-abstracto, en la práctica es susceptible de no ser así.

La Directiva 2014/67/UE ha supuesto, también aquí, un avance importante. En efecto, el que esta norma recoja la ejecución transfronteriza de sanciones administrativas (capítulo VI) ha supuesto todo un hito que ha permitido superar la paradoja europea de contar con una normativa armonizada de seguridad y salud y carecer de sistema de colaboración internacional efectivo que garantice el cumplimiento de aquella (aunque siga sin haber armonización en materia de sanciones⁷⁶⁹). Y es que el sistema establecido en la Directiva 2014/67/UE no sólo comprende la ejecución transfronteriza, sino la asistencia mutua y cooperación en procedimientos sancionadores. Y esto es de suma importancia porque permite que los Estados Miembros cooperen en la fase procedimental y no sólo en la fase de ejecución.

los empresarios (salvo que se trate de un grupo de empresas. Véase, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 81) permanecen aislados en el cumplimiento de sus obligaciones empresariales de prevención. De manera que es posible que se rechace su cumplimiento, a expensas de que el otro empresario las cumpla.

En el caso de nuestro país, también supondría una excepción a esa afirmación el caso de las ETTs por contar con una regulación bastante clara en la materia [Art. 28 LPRL y Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1999)].

En cuanto a la duplicidad de representación, el problema gira en torno la legitimación de la de ambas empresas para proteger derechos de, bien un trabajador desplazado que no presta servicios efectivos en la empresa (en el caso de la representación de la empresa de origen); bien de un trabajador que no pertenece a la plantilla, aunque esté prestando servicios en la empresa (en el caso de la empresa de destino). Problema que no se plantearía entre empresas pertenecientes al mismo grupo, o entre centros de trabajo de la misma empresa ubicados en distintos Estados.

No obstante, como ya señalábamos en la Directiva 2014/67/UE ha resuelto esta situación, al establecer en su artículo 11 que los sindicatos pueden, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida, y siempre y cuando tengan un interés legítimo en el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/Unión Europea, ejercer acciones judiciales o administrativas en nombre o en apoyo del trabajador y con su aprobación. Me remito al epígrafe 3.5 del presente Capítulo en el que se aborda esta misma cuestión.

⁷⁶⁸ M. G. Quintero Lima, *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales*, cit., p. 202.

⁷⁶⁹ Pues el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UEa se limita a señalar que las sanciones que establezcan los Estados miembros habrán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

3. MEDIDAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES. PAPEL DE LA DIRECTIVA 2014/67/UE

La efectividad del contenido sustantivo de la Directiva 96/71/CE y, por extensión, de las legislaciones nacionales que la traspongan, no se confía al cumplimiento voluntario por parte de las empresas que llevan a cabo estos desplazamientos transnacionales de trabajadores; ni tampoco se deja por completo a los procedimientos de control del cumplimiento de la legislación laboral establecidos en los Estados miembros. Precisa de una serie de medidas específicas que contribuyan a remover las dificultades que impidan dicha efectividad porque la empresa que desplaza al trabajador se encuentra establecida en un Estado distinto a aquel cuyas condiciones de trabajo está obligada a aplicar⁷⁷⁰.

Con esa finalidad, la Directiva 96/71/CE, consciente de la necesidad de compartir información entre países miembros y de incrementar la colaboración entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, estableció una serie de medidas de carácter administrativo:

- Cooperación gratuita entre las administraciones públicas de cada Estado miembro a las que, en virtud de la legislación nacional, competiese la supervisión de las condiciones de trabajo y empleo contempladas en su artículo 3⁷⁷¹. Esta cooperación consiste, particularmente (que no de manera exclusiva⁷⁷²), en responder a las peticiones justificadas de información relativa al suministro transnacional de trabajadores (incluidos los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales) que puedan realizar dichas administraciones.
- Obligación de cada Estado miembro de hacer accesible la información sobre las condiciones de trabajo y empleo que su legislación laboral garantice a los trabajadores desplazados⁷⁷³. A los centros o instancias nacionales, designados conforme al art. 4.1 de esta norma, corresponde facilitar dicha información.
- Supervisión o inspección del cumplimiento de la obligación empresarial de aplicar a los trabajadores desplazados la protección superior que prevea la legislación laboral del Estado de destino para las condiciones de trabajo y empleo comprendidas en el núcleo de protección mínima. Si bien es verdad que se dejó en manos de los Estados

⁷⁷⁰ J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 71.

⁷⁷¹ Artículo 4.2 de la Directiva 96/71/CE.

⁷⁷² J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 72.

⁷⁷³ Artículo 4.3 de la Directiva 96/71/CE.

la adopción de las medidas que consideraran oportunas en caso de incumplimiento⁷⁷⁴.

Lo cierto es que estas medidas no produjeron el efecto deseado, tal y como ya se expuso en la primera parte de este capítulo y a cuya lectura me remito⁷⁷⁵.

La Directiva 2014/67/UE pretende transformar ese panorama al dar solución al difícil problema de la aplicación de las sanciones y multas administrativas que surgen de las actas inspectoras en un contexto transnacional. Y es que tal y como ella misma manifiesta:

“El cumplimiento efectivo de las normas fundamentales que rigen el desplazamiento de trabajadores para la prestación de servicios debe garantizarse con medidas específicas que se centren en la ejecución transfronteriza de las sanciones y multas administrativas pecuniarias impuestas. La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito es, pues, un requisito previo esencial para conseguir un nivel de protección más elevado, equivalente y comparable, necesario de cara al correcto funcionamiento del mercado interior” (considerando 40).

Otro de los aspectos que merecen ser destacados en relación a la Directiva 2014/67/UE es que recoge de manera expresa⁷⁷⁶ el criterio mantenido por el TJUE, en virtud del cual, las medidas adoptadas por los Estados miembros deben estar justificadas y ser proporcionadas⁷⁷⁷, de modo que no se generen cargas administrativas innecesarias a los prestadores de servicios⁷⁷⁸.

Puesto que el objetivo de la presente Directiva es establecer un marco común de disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados, necesarios para una mejor y más uniforme implementación, aplicación y garantía de cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE⁷⁷⁹, analicemos, pues, estas medidas.

⁷⁷⁴ Artículo 5 de la Directiva 96/71/CE.

⁷⁷⁵ Véase epígrafe 7.5 del Capítulo II del presente trabajo.

⁷⁷⁶ Considerandos 4 y 36 y arts. 9.1, 2 y 3; 12.1 y 4; y artículo 17 a) de la Directiva 2014/67/UE.

⁷⁷⁷ Véase *supra* epígrafe 2.1 del capítulo IV del presente trabajo.

⁷⁷⁸ Recordemos las SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., apdos. 34 y 35; de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, cit., apdo. 19; de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit., apdo. 21; de 19 de enero de 2006, *Comisión/Alemania*, cit., apdo. 31; de 21 de septiembre de 2006 *Comisión/Austria*, cit., apdo. 37; de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros*, cit., apdo. 45; de 19 de diciembre de 2012, *Comisión/Bélgica*, cit., apdo. 44; y de 3 de diciembre de 2014, *De Clercq y otros*, cit., apdo. 62.

⁷⁷⁹ Artículo 1 de la Directiva 2014/67/UE. En el mismo sentido, considerandos 16, 17 40 y 50 de la misma norma.

3.1 PREVENCIÓN DE ABUSOS Y ELUSIONES. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LA EXISTENCIA DE DESPLAZAMIENTO

La Directiva 2014/67/UE, consciente de la conveniencia de introducir, a escala de la UE, criterios más uniformes que facilitasen una interpretación común y ayudasen a las autoridades competentes en su labor de control (especialmente en aquellos casos en los que tuvieran sospechas fundadas de que un trabajador podía no cumplir los requisitos para considerarse desplazado en el sentido de la Directiva 96/71/CE)⁷⁸⁰, proporcionó una serie de elementos fácticos para mejorar la implementación y el seguimiento del concepto de desplazamiento, a fin de evitar el abuso y la elusión del derecho establecido.

Dichos elementos constituyen factores de valoración que habrán de ser tenidos en cuenta de manera global en la comprobación que lleven a cabo las autoridades competentes (artículo 4.1); esto es, la propia del Estado miembro de acogida y, en su caso, y en estrecha cooperación, la del Estado miembro de establecimiento, tal y como se establece en el art. 6.2 de esta Directiva.

Se trata, por tanto, de elementos de carácter indicativo y no exhaustivo⁷⁸¹, por lo que su apreciación no debe realizarse de manera aislada, tal y como manifiesta la propia Directiva. Es más, la ausencia de alguno o varios de ellos no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada desplazamiento. Lo que conduce a la necesidad de adaptar la valoración de estos factores a cada caso particular y a tener en cuenta las peculiaridades de cada situación (art. 4.4)⁷⁸².

Los criterios de valoración introducidos por la Directiva 2014/67/UE permiten determinar, por un lado, si la empresa realiza verdaderamente actividades sustantivas y no puramente de gestión interna o administrativas en el Estado al que se desplaza el trabajador (artículo 4.2); y por otro, si ciertamente un trabajador desplazado realiza

⁷⁸⁰ Véase el considerando 7 de la Directiva 2014/67/UE.

⁷⁸¹ Sobre este aspecto, resulta interesante los debates previos a la adopción de la Directiva, abordados en el trabajo de P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 58.

⁷⁸² En este punto resulta interesante la apreciación aportada por el Parlamento europeo en su Posición de 16 de abril de 2014, con vistas a la adopción de la Directiva 2014/67/Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (Unión Europea) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), documento legislativo consolidado EP-PE_TC1-COD(2012)0061, considerando 6.

(Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TC+P7-TC1-COD-2012-0061+0+DOC+PDF+V0//ES>):

“No obstante el hecho de que la evaluación de los elementos fácticos indicativos deba adaptarse a cada caso específico y tener en cuenta las características específicas de la situación, las situaciones que presenten los mismos elementos fácticos no deben ser objeto de una evaluación o apreciación jurídica distinta por parte de las autoridades competentes de distintos Estados miembros”.

temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja (artículo 4.3).

Pasemos, pues, a enumerar esos elementos indicativos.

En primer lugar, para determinar si una empresa lleva verdaderamente a cabo actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna, se han de valorar, en particular, los siguientes indicadores:

- a) el lugar donde la empresa tiene su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, si procede, posee una licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes de acuerdo con la normativa nacional;
- b) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza;
- c) el Derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro;
- d) el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo;
- e) el número de contratos celebrados o el volumen de negocios obtenido en el Estado miembro de establecimiento (para lo que se ha de tener en cuenta las diferencias de poder adquisitivo de las monedas⁷⁸³), o ambos, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas y PYME de reciente creación.

El establecimiento de estos criterios responde a una realidad contrastada en la UE, cual es la proliferación de empresas ficticias que utilizan el desplazamiento para eludir las normas sobre empleo⁷⁸⁴. En efecto, este tipo de sociedades, que suelen poseer una vinculación material importante con un país distinto de aquél con arreglo a cuyo Derecho fueron constituidas, busca la aplicación de la Directiva 96/71/CE con el propósito de huir del Derecho nacional del país al que van a trabajar. De forma que, aunque tengan que cumplir las normas mínimas imperativas de aplicación territorial, se podrían beneficiar en otras áreas como, por ejemplo, logrando unos costes de Seguridad Social muy inferiores a los del Estado de acogida⁷⁸⁵.

Por su parte, el segundo grupo de elementos contribuye a poder, si no determinar sí adquirir certeza, de la temporalidad que resulta inherente a este tipo de desplazamientos. Como ya pusimos de manifiesto en el capítulo III de este trabajo, la

⁷⁸³ Considerando 9 de la Directiva 2014/67/Unión Europea.

⁷⁸⁴ El análisis sobre este tipo de empresas se realizó en el epígrafe 3.2 de la Parte III del presente capítulo, por lo que permítaseme remitir a su lectura.

⁷⁸⁵ En este sentido, P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 54.

ausencia de umbrales mínimos y máximos que permitieran acotar la duración del desplazamiento ha sido una cuestión ampliamente criticada⁷⁸⁶, por lo que el establecimiento de estos elementos facilitarán sin duda la labor de control sobre los mismos.

En ese sentido, para valorar la temporalidad del desplazamiento se atenderá, de manera particular, a:

- a) si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro;
- b) la fecha de inicio del desplazamiento;
- c) si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el RRI o el CR;
- d) si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado;
- e) la naturaleza de las actividades;
- f) si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso;
- g) los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado.

Por último, como consecuencia de una de las propuestas de enmienda del Parlamento para la inclusión en este artículo de una mención a los falsos autónomos⁷⁸⁷, se incluyó el apartado 5 en el que se establece que los elementos del artículo 4 también pueden utilizarse para la definición del concepto de trabajador; al tiempo que establece una serie de criterios que, de nuevo con valor indicativo, ayudarán a evitar y combatir que se declare falsamente como autónomos a los trabajadores desplazados. Para ello, los Estados miembros se guiarán, entre otros elementos:

- a) por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo;
- b) la subordinación y la remuneración del trabajador,

Y ello con independencia de la caracterización que las partes hayan otorgado a la relación jurídica en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado.

⁷⁸⁶ Véase *supra* epígrafe 2.2.4 del capítulo II.

⁷⁸⁷ Véanse, el considerando 10 y el artículo 4.5 de la Posición del Parlamento europeo de 16 de abril de 2014, con vistas a la adopción de la Directiva 2014/67/Unión Europea, cit.

3.2 MEJORA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.

El conocimiento sobre las condiciones de trabajo vigentes en el país al que se pretende desplazar al trabajador resulta fundamental para los prestadores de servicios. Así lo ha entendido el legislador comunitario al contemplar las dificultades existentes para acceder a la información sobre las condiciones de empleo como la causa más frecuente de inaplicación de la normativa⁷⁸⁸. Por ello, el artículo 5 establece una serie de medidas que deben adoptar los Estados miembros para mejorar y facilitar el acceso a dicha información.

Entre las acciones que han de llevar a cabo los Estados se encuentra la creación de un sitio web oficial y único en el que se indiquen de manera detallada y fácil qué condiciones de empleo o qué disposiciones del Derecho nacional o regional se han de aplicar a los trabajadores desplazados en su territorio (art. 5.2 a)), así como los órganos y las autoridades a los que puedan dirigirse los trabajadores y las empresas para solicitar información general acerca de la normativa y las prácticas nacionales que les son aplicables en relación con sus derechos y obligaciones en dicho territorio (art. 5.5). Cuando las condiciones de empleo se recojan en convenios colectivos (se entiende de aplicación universal⁷⁸⁹), la información sobre qué convenios colectivos son aplicables, a quién lo son y qué condiciones de trabajo deben aplicar los prestadores de servicios de otros Estados miembros de acuerdo con la Directiva 96/71/CE (en especial en relación al salario mínimo⁷⁹⁰), también deberá facilitarse; así como enlaces a sitios de internet y puntos de contacto existentes, en particular, los interlocutores sociales correspondientes (art. 5.2 b)). Toda esta información deberá mantenerse actualizada (art. 5.2 f)).

No obstante, este portal web oficial no ha de ser la única vía de acceso a dicha información, pues la propia Directiva establece que las condiciones y disposiciones han de darse a conocer también por otros “medios adecuados”. Algo que resulta, cuanto menos, llamativo, pues la norma no define qué es un medio adecuado. De manera que serán los propios Estados los que decidan si un determinado medio se adecua o no al fin perseguido.

Pero más llamativo puede resultar, si cabe, la obligación, cuando sea posible, de poner a disposición de los trabajadores y de los prestadores de servicios, de manera gratuita, un folleto resumido, redactado en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de acogida (y en aquellas otras que el Estado miembro de acogida considere pertinentes), en el que se expongan las principales condiciones de empleo aplicables, incluida una descripción de los procedimientos de reclamación (art. 5.2 c)). Y es que no parece tener

⁷⁸⁸ Considerando 18 de la Directiva 2014/67/Unión Europea.

⁷⁸⁹ Así lo pone de manifiesto el Parlamento europeo en el considerando 19 de su Posición de 16 de abril de 2014, con vistas a la adopción de la Directiva 2014/67/Unión Europea, cit.

⁷⁹⁰ Véase *supra* epígrafe 2.2 de esta parte IV del capítulo II.

mucho sentido este cauce informativo cuando se tiene habilitado un sitio web, de acceso público y gratuito, en el que, se facilita esta información de un modo fácil y detallado. Lo que nos lleva a plantear la posibilidad (pues la norma no especifica nada al respecto) de que se trate de un folleto virtual, ubicado dentro del portal web y cuya finalidad sea la rápida localización de la información, aunque sea de manera breve.

3.3 UNA COOPERACION ADMINISTRATIVA MEJORADA

Que la cooperación de todas las instituciones y agentes es de vital importancia para lograr la plena eficacia de la Directiva 96/71/CE queda patente desde el primer momento en el texto de la Directiva 2014/67/UE.

La Directiva 96/71/CE contempla una cooperación entre las administraciones públicas nacionales (competentes, según la propia legislación nacional, para la supervisión de las condiciones de trabajo y empleo) consistente en dar respuesta a las peticiones justificadas de información. Sin embargo, este deber no se concretó más en su momento, de manera que su aplicación práctica no ha sido muy efectiva, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión en repetidas ocasiones⁷⁹¹. Por ello, la nueva Directiva, además ampliar el contenido de la cooperación, introduce una serie de reglas o pautas que los Estados miembros han de respetar para que dicha cooperación resulte eficaz en cuanto al cumplimiento de la normativa sobre trabajadores desplazados.

3.3.1 Cooperación y asistencia en sentido estricto

La Directiva 2014/67/UE recoge la obligación de una estrecha cooperación y asistencia mutuas entre los Estados miembros consistente, al menos, en:

- responder a las peticiones motivadas de información que formulen las autoridades competentes dentro de unos determinados plazos, incluyendo la relativa al posible cobro de sanciones y multas administrativas o a la notificación de decisiones que impongan sanciones y multas (art. 6.2);

⁷⁹¹ Véanse: el Informe de los servicios de la Comisión, de enero de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, cit., la **Comunicación de la Comisión, de 4 de abril de 2006, orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (COM (2006) 159 final), cit.**; la **Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de junio de 2007, sobre Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios**—sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores [COM (2007) 304 final], cit.; y la Recomendación de la Comisión, de 31 de marzo de 2008, relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE C 85, de 4 de abril de 2008), cit.

- la comprobación, inspección e investigación, por iniciativa propia o a petición de las autoridades competentes del Estado miembro donde esté establecida la empresa que desplaza (art. 7.6), en relación con las situaciones de desplazamiento, incluyendo la investigación del incumplimiento o abuso de las normas aplicables sobre el desplazamiento de trabajadores (art. 6.2);
- el envío y la notificación de documentos (art. 6.3).
- garantizar que los registros en los que se haya incluido a los prestadores de servicios, y que puedan consultar las autoridades competentes en su territorio, puedan ser consultados, en las mismas condiciones, por las autoridades competentes equivalentes de los demás Estados miembros; estableciéndose dos condicionantes: que la consulta tenga como fin la aplicación de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE; y que los Estados miembros hayan incluido esos registros en el IMI (art.6.7).
- la comunicación de los datos de contacto de las autoridades competentes a la Comisión y a los demás Estados miembros (art. 3).
- Divulgación de las medidas de control aplicables en el territorio de cada Estado miembro (art. 9.5). La misma se realizará por medio de una comunicación a la Comisión, a la que corresponde comunicarlas, a su vez, al resto de Estados miembros, así como el control de su aplicación y la evaluación de su conformidad.

3.3.2 Directrices de actuación

Al contrario que la Directiva 96/71/CE, de la que trae causa, la Directiva 2014/67/UE establece que esa cooperación y asistencia mutuas se realizará de acuerdo a las siguientes pautas de actuación:

- a) Prohibición de demoras injustificadas (art. 6.1). De manera que cuando un Estado miembro tenga dificultades para satisfacer una petición de información o realizar las comprobaciones, inspecciones o investigaciones solicitadas, informará sin retraso al Estado miembro peticionario para buscar una solución. Si el problema persistiese o hubiera un rechazo permanente a facilitar la información se informará de ello, a través del sistema IMI, a la Comisión que adoptará en su caso las medidas oportunas(art. 6.5).
- b) La información solicitada por otros Estados miembros o por la Comisión será facilitada por vía electrónica dentro de los dos días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, para los casos urgentes que exijan la consulta de registros; o de los 25 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud (pudiendo los Estados miembros convenir de común acuerdo un plazo más corto), para el resto de casos.
- c) Imposibilidad de utilizar la información obtenida para fines distintos a los declarados en la solicitud (art. 6.8).

- d) La cooperación y asistencia mutuas a nivel administrativo se prestarán gratuitamente (art. 6.9).
- e) Se ha de garantizar la protección de los datos contenidos en la información intercambiada y los derechos legales de las personas físicas y jurídicas que pudieran verse afectadas (art. 3)⁷⁹².
- f) Igualmente se ha de garantizar que las empresas puedan cumplir de forma sencilla y, en la medida de lo posible, a distancia y por medios electrónicos, los procedimientos y formalidades relacionados con el desplazamiento de trabajadores (art. 9.4).

3.3.3 Requisitos administrativos y medidas de control

Señala Páramo Montero que en torno al artículo 9 se ha jugado la suerte de la Directiva 2014/67/UE, hasta el punto que sólo el acuerdo sobre el mismo ha hecho posible que la Directiva se aprobara y que, sin dicho acuerdo, se hubiera dado al traste con todo el proyecto legislativo⁷⁹³. Y es que cuando la Comisión presentó este artículo se inició una discusión entre los Estados miembros sobre si la lista de requisitos u obligaciones administrativas que se impone a los prestadores de servicio debía configurarse como una lista cerrada (de tal modo que los Estados Miembros no podían añadir nuevos requisitos u obligaciones a los ya incluidos en la Directiva), o, por el contrario, debía considerarse

⁷⁹² Se refiere a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L 281, de 23 de noviembre de 1995); y a las disposiciones nacionales en materia de protección de datos por las que se transpone dicha Directiva (actualmente, en fase de revisión).

El 25 de enero de 2012, la Comisión publicó un amplio paquete legislativo destinado a reformar la legislación de la Unión en materia de protección de datos. Véase:

- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) - 2012/0011 (COD). Disponible en:

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_es.pdf

- **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos -2012/0010 (COD). Disponible en:**

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52012PC0010>

La reforma propuesta persigue salvaguardar los datos personales en todo el territorio de la Unión, aumentando el control de los datos por parte de los usuarios y reduciendo los costes para las empresas. En la actualidad, el Parlamento está revisando, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las propuestas presentadas por la Comisión en enero de 2012 acerca de la reforma de la legislación sobre protección de datos y se ha fijado como objetivo la obtención de un acuerdo antes de finales de 2015. Información de A. Davoli, *La protección de los datos personales*, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, Junio, 2015. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.8.pdf

⁷⁹³ P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 59.

como una lista abierta en el sentido de que los Estados pudiesen añadir otras obligaciones (distintas o adicionales) a las previstas en la Directiva.

El debate se sustentó en dos orientaciones opuestas: por un lado, aquella que defendía el libre mercado y la libre prestación de servicios sin paliativos y en su máxima amplitud; y por otro, la que defendía la libertad de prestación de servicios, pero dentro de un orden (permitiendo a los Estados instrumentos y medidas suficientes de control para evitar cualquier irregularidad o, en términos más amplios, algún tipo de dumping social)⁷⁹⁴.

Finalmente se optó por una lista abierta, pero con la condición de que cualquier nueva medida de control o requisito que estableciera un determinado Estado debía ajustarse a los criterios de proporcionalidad y justificación (art. 9.2), así como someterse al control de la Comisión (art. 9.5).

Las medidas que podrán imponer los Estados miembros son, en particular:

- a) la obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración simple a las autoridades nacionales competentes responsables, a más tardar cuando comience la prestación de servicios, en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida, o en otra u otras lenguas aceptadas por el Estado miembro de acogida, que contenga la información pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo, en particular: la identidad del prestador de servicios, el número previsto de trabajadores desplazados claramente identificables, las personas a las que hacen referencia las letras e) y f), la duración previsible y las fechas previstas del comienzo y de la finalización del desplazamiento, la dirección o direcciones del lugar de trabajo, y la naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento.
- b) la obligación de conservar (en papel o en formato electrónico) o poner a disposición (en los mismos formatos) el contrato de trabajo o un documento equivalente a tenor de la Directiva 91/533/CEE⁷⁹⁵ del Consejo, incluida, cuando sea adecuado o pertinente, la información adicional a la que se refiere el artículo 4 de esa Directiva, las nóminas, las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario y los comprobantes del pago de salarios, o copias de los documentos equivalentes, durante el período de desplazamiento, en un lugar accesible y claramente identificado de su territorio, como puede ser el lugar de trabajo, a pie de obra o, en el caso de los trabajadores móviles del sector del transporte, la base de operaciones o el vehículo en el que se presta el servicio;

⁷⁹⁴ Sobre los razonamientos a favor y en contra de una y otra postura, véase *Ibidem*, p. 60.

⁷⁹⁵ 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 (DOUE L 288, de 18 de octubre de 1991).

- c) la obligación de entregar, en un plazo razonable, los documentos que contempla la letra b), una vez concluido el desplazamiento, a petición de las autoridades del Estado miembro de acogida;
- d) la obligación de proporcionar una traducción de los documentos mencionados en la letra b) a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida o a otra u otras lenguas aceptadas por el Estado miembro de acogida;
- e) la obligación de designar una persona para que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida en que se presten los servicios y para que envíe y reciba documentos o notificaciones, de ser necesario;
- f) la obligación de designar una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante a través de la cual los interlocutores sociales pertinentes puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas en el Estado miembro de acogida, de acuerdo con el Derecho y las prácticas nacionales, durante el período en el que se presten los servicios. Esta persona podrá ser distinta de las personas a que hace referencia la letra e), y no tendrá que estar presente en el Estado miembro de acogida, aunque tiene que estar disponible previa solicitud razonable y justificada.

La Directiva 2014/67/UE se hace eco, además, de otros requisitos administrativos, independientes de los exigidos, existentes en otros sectores de legislación (art. 9.3), al señalar que nada de lo dispuesto en el este artículo 9 afectará a las demás obligaciones derivadas de la legislación de la Unión; mencionándose de manera expresa la Directiva 89/391/CEE⁷⁹⁶ y el Reglamento (CE) 883/2004⁷⁹⁷.

3.4 INSPECCIONES

Las inspecciones y controles que cada Estado Miembro puede llevar a cabo en su propio territorio quedan regulas en el artículo 7 de la Directiva 2014/67/UE. En general, este precepto viene a establecer que la cooperación en el intercambio de datos e información no afecta a las competencias de los servicios de inspección de cada Estado Miembro, manteniendo cada uno su servicio de inspección intacto y sin que tampoco haya la posibilidad de que el servicio de inspección de un determinado Estado Miembro pueda realizar acciones de control en el territorio de otro Estado Miembro. Lo que sí es posible es que la información o aviso recibido desde otro Estado miembro active la actuación de los servicios de inspección del Estado receptor; en particular cuando haya sospecha de posibles irregularidades.

⁷⁹⁶ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOUE L 183, de 29 de junio de 1989).

⁷⁹⁷ Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L 166, de 30 de abril de 2004).

Por su parte, el artículo 10 establece que las inspecciones deben ser eficaces, apropiadas y realizadas conforme a la práctica y ley nacional de cada Estado Miembro. Pero, lo verdaderamente destacable de este precepto es que, sin descartar la aleatoriedad de las inspecciones, establece un sistema obligatorio de evaluación de riesgos para llevarlas a cabo. Y es que de la literalidad del precepto (“las inspecciones se basarán principalmente en una evaluación de riesgos que «deberán» realizar las autoridades competentes”) se desprende la exigencia de que los Estados Miembros lleven a cabo este tipo de evaluación.

Este sistema de evaluación de riesgos permitirá a las autoridades en materia de inspección identificar aquellas actividades, sectores o zonas geográficas donde puede existir mayor volumen de desplazamientos y, en consecuencia, mayores posibilidades de abuso o fraude. Y, si antes no podía excluirse la elaboración del este mapa de riesgo, lo que sí es posible ahora es tener en cuenta otros criterios o factores, distintos a los contemplados en la norma para su elaboración, pues así se desprende, una vez más de la literalidad del precepto (“al efectuar esa evaluación de riesgos «podrán» tenerse en cuenta especialmente factores como ...”)⁷⁹⁸.

Este artículo 10 concluye con la posibilidad de que los Estados miembros establezcan o modifiquen disposiciones, procedimientos y mecanismos que garanticen el respeto de las citadas condiciones de trabajo y empleo (en un grado de protección equivalente al que resulta de la Directiva 96/71/CE y de la Directiva 2014/67/UE), en aquellos supuestos en los que las inspecciones de trabajo no tengan competencias en el control y el seguimiento de las condiciones de trabajo o empleo de los trabajadores desplazados.

3.5 DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

El artículo 11 garantiza que los trabajadores desplazados que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables dispongan de mecanismos eficaces para presentar directamente denuncias contra sus empleadores, y tengan derecho a iniciar procedimientos judiciales o administrativos también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados. Esta posibilidad se contempla incluso después de que haya finalizado la relación en la que se alegue que se ha producido el incumplimiento, y aunque el trabajador haya regresado del Estado miembro en el que tuvo lugar el desplazamiento.

Este precepto viene, no sólo a reforzar el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE, sino a dotarlo de mayores garantías por cuanto, como ya vimos⁷⁹⁹, contempla la posibilidad de

⁷⁹⁸ En detalle, P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 63.

⁷⁹⁹ Esta materia ya fue analizada con ocasión del estudio sobre el salario mínimo, a cuya lectura me remito. Véase *supra* epígrafe 2.2 de la parte IV del presente capítulo III.

que los sindicatos, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida, y cuando tengan un interés legítimo en el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE, ejerzan acciones judiciales o administrativas en nombre o en apoyo de los trabajadores, siempre que cuenten con su aprobación (art. 11.3). Pero va más allá al recoger, de manera expresa, la prohibición de trato desfavorable por parte empleador respecto a aquel trabajador que haya iniciado un procedimientos judicial o administrativo por incumplimiento de las garantías previstas en la Directiva 96/71/CE o en la Directiva 2014/67/UE (art. 11.5).

3.6 LA RESPONSABILIDAD EN LA SUBCONTRATACIÓN

Este apartado ha sido otro de los puntos fuertes de la Directiva 2014/67/UE, tal y como ya manifestó en su día el CESE, a propósito de la Propuesta de Directiva relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE⁸⁰⁰:

“El CESE considera que la propuesta sobre «responsabilidad solidaria» en situaciones de subcontratación es un elemento fundamental de la Directiva presentada ya que prevé la protección de los trabajadores en el sector donde la subcontratación está más generalizada, al tiempo que tiene en cuenta la necesidad de los empresarios de saber con seguridad cuáles son sus responsabilidades”.

En efecto, el artículo 12 aborda la subcontratación en relación con el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, estableciendo un sistema de responsabilidad solidaria que tiene como objetivo luchar contra el fraude y/o el abuso⁸⁰¹. Y puesto que, con ocasión del estudio sobre el salario mínimo ya realizamos un análisis de este precepto, a dicho epígrafe nos remitimos⁸⁰².

3.7 LA EJECUCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LAS SANCIONES Y MULTAS ADMINISTRATIVAS

Resulta innegable que la Directiva 2014/67/UE no tendría el mismo valor sin este capítulo VI que establece la ejecución transfronteriza de sanciones administrativas. Se

⁸⁰⁰ Véase apdo. 1.9 del Dictamen del CESE, de 19 de septiembre de 2012, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» COM(2012) 131 final – 2012/0061 (COD).

Disponible en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.soc-opinions.22830>

⁸⁰¹ Véase, de nuevo, P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 63.

⁸⁰² Véase *supra* epígrafe 6.2 de la parte IV del presente capítulo III.

trata de una parte que tiene una enorme complejidad técnica y que, aunque de menor contenido social, resulta esencial en esta Directiva. Este capítulo fue, además, la parte que más modificaciones sufrió respecto a la propuesta de la Comisión Europea; y es que en ella se recogían los objetivos más ambiciosos.

Dada la extensión de este capítulo considero conveniente fraccionar su exposición en torno a los siguientes aspectos claves que en él se regulan: el ámbito de actuación, las sanciones a ejecutar, la tramitación de la ejecución, y los motivos de denegación.

3.7.1 Ámbito de actuación

Tal y como se desprende del apartado primero del artículo 13, el sistema establecido por esta Directiva no sólo comprende la ejecución transfronteriza, sino también la asistencia mutua y cooperación en procedimientos sancionadores. Algo de gran importancia pues permite que los Estados Miembros cooperen en las fases previas y no sólo en la fase de ejecución.

3.7.2 Sanciones ejecutables

En cuanto al segundo de los aspectos, la Directiva 2014/67/UE contempla la ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias y multas administrativas (incluidas las tasas y los recargos) impuestas a un prestador de servicios comunitario por el incumplimiento, en otro Estado miembro, de las normas aplicables en materia de desplazamiento de trabajadores (art. 13.1).

Ese carácter económico de las sanciones implica que otro tipo de medidas (por ejemplo, un requerimiento de la Inspección de Trabajo o una orden de parada por riesgo inminente) no son susceptibles de una ejecución transfronteriza. Y es que resultaría muy difícil, cuando no imposible, que una orden de este tipo llegue a ejecutarse en otro sitio que no sea el propio centro de trabajo en el Estado de acogida; a lo que se suma el hecho de que esas medidas no son propiamente sanciones, sino medidas cautelares o de seguridad.

La Directiva hace una exclusión expresa respecto de las sanciones que entran dentro del campo de aplicación de la Decisión Marco 2005/214/JAI⁸⁰³, el Reglamento 44/2001⁸⁰⁴ y la Decisión 2006/325/CE del Consejo⁸⁰⁵. Es decir, se excluyen las

⁸⁰³ Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DOUE L76, de 22 de marzo de 2005).

⁸⁰⁴ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cit.

decisiones judiciales en materia civil y mercantil, así como las decisiones condenatorias penales, o administrativas susceptibles de ser recurridas en vía penal. Páramo Montero justifica esta exclusión en base a que en algunos Estados Miembros determinadas sanciones administrativas son revisadas por una autoridad judicial con competencia en materia penal (Alemania o Polonia, por ejemplo). Es por ello que la Directiva opta por no mezclar ambos campos e incluye en su ámbito de aplicación sólo las sanciones administrativas revisadas por autoridades administrativas y tribunales contencioso-administrativos, laborales o civiles, pero con competencia en materia administrativa⁸⁰⁶.

3.7.3 Tramitación de la ejecución transfronteriza

El procedimiento establecido para la asistencia mutua en materia de ejecución transfronteriza permite que la autoridad competente de un Estado miembro solicite a la homónima de otro:

- el cobro de sanciones y multas administrativas firmes; o
- la notificación de la resolución en la que se impone esa sanción o multa⁸⁰⁷.

Ahora bien, el buen fin de este procedimiento se hace depender del cumplimiento de una serie de requisitos que han sido fijados por el legislador comunitario. Son los siguientes:

a) La asistencia debe ser solicitada por la autoridad interesada mediante el llamado instrumento uniforme⁸⁰⁸. En este instrumento ha de constar: la identificación más completa posible del destinatario, un resumen del acto sancionador⁸⁰⁹, el instrumento

⁸⁰⁵ Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2006/325/CE), cit.

⁸⁰⁶ P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 65.

⁸⁰⁷ Aunque también se admite la notificación de cualquier otro documento relativo al cobro (incluida una sentencia o resolución firmes) siempre que constituya la base legal y título ejecutivo en el trámite de cobro (artículo 15.1 b) de la Directiva 2014/67/Unión Europea).

⁸⁰⁸ Este documento está traducido a la lengua del Estado receptor, lo que facilita a los órganos de recaudación del Estado receptor el lanzamiento de la ejecución. Y es que el documento original procedente del Estado de envío no sería manejable, no sólo por la lengua, sino también por su extensión y el desconocimiento del sistema sancionador de ese Estado de procedencia. En este sentido, una vez más, P. Páramo Montero, *La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, cit., p. 65,

⁸⁰⁹ Cuando se trate de la notificación de una resolución, deberá constar el objeto de la notificación y el plazo en que deberá efectuarse (artículo 16.2 a)).

En el supuesto de una petición de cobro se recogerá la fecha en la que la sentencia o resolución haya adquirido carácter firme o ejecutivo, una descripción de la naturaleza del importe de la sanción o multa administrativas, toda fecha pertinente para el procedimiento de ejecución, indicando si la sentencia o resolución se notificó al demandado o responsable y, de ser así, de qué forma, o si se dictó en rebeldía, así como la confirmación de la autoridad peticionaria de que la sanción o multa ya no es susceptible de

que permita la ejecución en el Estado miembro peticionario, así como cualquier otra documentación pertinente, y la identificación y los datos de contacto de la autoridad u organismo competente responsable de evaluar la sanción o multa administrativas.

Este documento constituirá el título ejecutivo principal en el Estado receptor.

- b) La petición se cursará, además, conforme a las leyes, reglamentos y prácticas administrativas vigentes en el Estado miembro al que se dirige.
- c) Es necesario que la autoridad competente que solicita la asistencia no haya podido efectuar el cobro de una sanción o multa firmes, o la notificación de la resolución en la que se impone esa sanción o multa, con arreglo a sus leyes, reglamentos y prácticas administrativas.
- d) La resolución sancionadora debe ser firme y tener fuerza ejecutiva. En este punto puede llamar la atención el elemento que introduce la Directiva en el apartado c) del art. 16.1, cual es la reclamación subyacente. Se trata de aquel supuesto en el que, además de una multa, están en juego otros derechos de los trabajadores (por ejemplo, derechos salariales pendientes, reembolsos de gastos de desplazamiento, descuentos indebidos, vacaciones, etc.).

De la lectura del precepto se infiere que lo que el legislador comunitario ha pretendido con su inclusión es que la autoridad receptora de la petición disponga de la información más completa posible. De tal manera que, si existe cualquier otra reclamación contra el prestador de servicios, establecido en el Estado miembro a cuya autoridad se dirige la petición, dicha autoridad sea informada de ello. No obstante, el art. 18 aumenta la relevancia de este elemento, al contemplar como motivo de suspensión del procedimiento, la impugnación o el recurso planteado por el prestador de servicios afectado o por una parte interesada, precisamente, contra la demanda subyacente.

- e) La petición debe realizarse de conformidad con el artículo 21, es decir, a través del sistema electrónico IMI. Sistema que, por cierto, en la fecha de aprobación de la Directiva 2014/67/UE sólo estaba diseñado para tramitar el intercambio de información relativo a los términos y condiciones de empleo contenidos en la Directiva 96/71/CE, en especial en su artículo 3. Por lo que habrá de ser adaptado a los requerimientos propios de este procedimiento.

Señala la Directiva que, cumplidos los trámites establecidos y ante la ausencia de motivo de denegación, la autoridad receptora debe proceder sin más dilación a la tramitación y ejecución de la sanción, de conformidad con las normas procedimentales aplicables a actos similares establecidas en la legislación nacional.

recurso y la demanda subyacente con respecto a la cual se formula la petición, y sus distintos elementos (artículo 16.2 b)).

El cumplimiento de esta tramitación conduce a uno de los mayores logros -si no el mayor- de la Directiva 2014/67/UE, cual es, que la notificación por parte de la autoridad receptora de una resolución por la que se impone una sanción administrativa o una multa, o de una petición de cobro tienen el mismo efecto que si las hubiera efectuado el Estado miembro peticionario.

3.7.4 Motivos de denegación

Aunque la rúbrica del artículo 17 venga referida a los motivos por los que la autoridad receptora de la petición puede denegar la ejecución, lo cierto es que contiene dos materias distintas.

En efecto, en primer lugar, establece que las autoridades receptoras no están obligadas a ejecutar las peticiones de cobro o a notificar las resoluciones cuando la petición carezca de la información prevista en el artículo 16, apartados 1 y 2, esté incompleta o no corresponda a la resolución subyacente, de manera manifiesta. De manera que, cuando se de alguno de estos casos, será la propia autoridad receptora la que decida si tramita o no la petición recibida.

En segundo lugar, este precepto fija los motivos por los que es posible denegar la ejecución de una petición de cobro. Nótese que la denegación viene referida exclusivamente a las peticiones de cobro, por lo que, en relación a las peticiones de notificación únicamente será posible atenderlas o no.

Los motivos por los que las autoridades receptoras de la petición podrán denegar la ejecución de una petición de cobro vienen referidos a:

- a) los costes o recursos necesarios para el cobro de la sanción administrativa o la multa. De tal manera que, cuando la autoridad destinataria de la petición demuestre claramente que aquéllos son desproporcionados en relación con el importe que deba cobrarse o van a suponer dificultades desproporcionadas, podrá denegar la ejecución;
- b) al importe total de la sanción pecuniaria o de la multa. De modo que cuando esa cantidad no supere los 350 euros, podrá denegarse la ejecución; y a
- c) la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de los demandados y de los principios jurídicos que les son aplicables, con arreglo a la Constitución del Estado miembro receptor de la petición.

3.8 EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DEL MERCADO INTERIOR (IMI)

La Directiva 2014/67/UE establece, en su artículo 21, que la cooperación administrativa y la asistencia mutua previstas en la Directiva se tramitarán a través del sistema IMI.

El IMI es una herramienta destinada exclusivamente a las autoridades públicas (nacionales, regionales o locales) de los Estados miembros, cuya función es la de facilitar la cooperación administrativa entre dichas autoridades o entre éstas y la Comisión en relación con diversos ámbitos vinculados al mercado interior.

Se trata de una aplicación informática accesible a través de internet, realizada por la Comisión en colaboración con los Estados miembros, cuyo propósito es servir de ayuda a estos últimos para que puedan cumplir en la práctica las exigencias de intercambio de información establecidas en los actos jurídicos de la Unión a través de un mecanismo de comunicación centralizado que permita el intercambio transfronterizo de información así como la asistencia recíproca. En concreto, el IMI ayuda a las autoridades competentes a identificar a sus homólogas en otro Estado miembro, a gestionar el intercambio de información, incluso de los datos de carácter personal, basándose en procedimientos simples y unificados, y a superar las barreras lingüísticas gracias al uso de unos sistemas de tratamiento predefinidos y pretraducidos⁸¹⁰.

Este sistema se desarrolló inicialmente para el intercambio de información de datos derivados de las Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior⁸¹¹ y de la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales⁸¹²; y así fue puesto en funcionamiento por la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2007 (2008/49/EC)⁸¹³. No obstante, pronto se puso de manifiesto la debilidad legislativa de la Decisión en relación al cumplimiento de los requisitos relativos a la protección de datos personales⁸¹⁴. Motivo por el que en 2012 se aprobó el

⁸¹⁰ Tal y como se contempla en el considerando 2 del Reglamento (Unión Europea) 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI») (DOUE L 316, de 14 de noviembre de 2012).

⁸¹¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cit.

⁸¹² Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DOUE L 255, de 30 de septiembre de 2005).

⁸¹³ Decisión de la Comisión, de 2 de octubre de 2009, por la que se establecen las medidas prácticas del intercambio de información entre Estados miembros por vía electrónica, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VI de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [notificada con el número C(2009) 7493] (DOUE L263, de 7 de octubre de 2009).

⁸¹⁴ Véase el Dictamen (2008/C 270/01) del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Decisión 2008/49/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), por lo que se refiere a la protección de los datos personales (DOUE C-270, de 25 de octubre de 2008).

Reglamento (UE) 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior⁸¹⁵.

El legislador europeo, consciente de las posibilidades que esta sistema ofrecía para una cooperación más eficaz en la aplicación de la legislación del mercado interior, introdujo en el texto del citado Reglamento la posibilidad de ampliar el IMI a nuevos ámbitos jurídicos⁸¹⁶. Posibilidad de la que se sirvió más tarde en la Directiva 2014/67/UE al establecer que la cooperación administrativa y la asistencia mutua previstas en ella se tramitarán a través del sistema IMI⁸¹⁷, y al modificar el citado Reglamento de manera que se incluyera en su Anexo tanto la Directiva 96/71/EC, como la Directiva 2014/67/UE.

La utilización del sistema IMI para el intercambio de información derivado de la regulación de ambas Directivas es ya posible. Sin embargo, aún son necesarias algunas adaptaciones que permitan adecuarlo a las peculiaridades de la cooperación y asistencia en materia de procedimientos. Lo que previsiblemente requiera la creación de un módulo propio dentro del sistema, ya que aún se encuentra en fase piloto el específico para la materia de desplazamiento de trabajadores⁸¹⁸.

⁸¹⁵ Reglamento (Unión Europea) 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI») (DOUE L 316, de 14 de noviembre de 2012).

⁸¹⁶ Véase considerando 11 del Reglamento (Unión Europea) 1024/2012.

⁸¹⁷ Art. 21 de la Directiva 2014/67/Unión Europea.

⁸¹⁸ Información que se encuentra a disposición pública en la página web de la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas: http://www.seap.minhap.es/web/areas/sistema_IMI/quequien/ambitos.html

CAPÍTULO VI
LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL

El desarrollo en la práctica de experiencias de trabajo temporal en el extranjero no tiene aún una ordenación jurídico-laboral adecuada en nuestro ordenamiento jurídico. Esta circunstancia se debe a que la normativa española vigente aplicable es incompleta y está fragmentada. En este sentido, existen varios textos normativos que se ocupan, separadamente, de ordenar distintos aspectos del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero. Pero es que además se trata de normas de naturaleza diversa y, sobre todo, con diferente ámbito de aplicación sobre el particular – tanto laborales y de Seguridad Social, como normas privadas internacionales o fiscales, por citar algunas de las más representativas-.

El tratamiento que la Ley 45/1999 dispensa a los presupuestos que han de concurrir para la aplicación de las medidas sustantivas contempladas por la Directiva 96/71/CE (a excepción de la temporalidad) presenta particularidades que conducen a una mayor precisión de los desplazamientos que definen su ámbito, sin llegar, en ningún momento, a incluir supuestos no contemplados, de una u otra forma, por aquélla, a cuyo ámbito se acomoda. En este capítulo analizaremos con detenimiento el alcance y significado de estas particularidades introducidas por la ley española, así como los problemas aplicativos que la misma plantea.

Pero además resulta conveniente realizar, al menos, un breve análisis de las disposiciones de naturaleza laboral que integran el cuerpo normativo de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en el ordenamiento jurídico español con idea de sistematizar el elenco de textos normativos que, dentro del ordenamiento jurídico español, se encargan, en mayor o menor medida, de regular esta materia desde el punto de vista laboral.

1. LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional es la encargada de regular en nuestro país esta particular figura. Con ella se dio entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva 96/71/CE que, como hemos visto, estableció el marco normativo común para que los Estados miembros regularan en sus respectivas legislaciones los derechos y condiciones mínimas que deben garantizarse a los trabajadores temporalmente desplazados a otro Estado miembro.

No obstante, nuestro ordenamiento contiene otros textos normativos de naturaleza y ámbito diversos -fiscal, laboral o de seguridad social, entre otros- que también se encargan de regular, separadamente, algunos aspectos del régimen jurídico de este tipo particular de movilidad geográfica. En este sentido, podría afirmarse que, en relación a la materia que nos ocupa, la regulación ofrecida por nuestro ordenamiento jurídico es fragmentada. Pero además es una regulación incompleta, pues ni siquiera la ley 45/1999 se ocupa, por sí sola, de la ordenación jurídica integral de la prestación temporal de servicios en el extranjero. Algunos autores la califican, incluso, como inespecífica, toda vez que, en la mayoría de casos, el resto de normas no se limitan a la ordenación de los desplazamientos temporales de trabajadores, sino que la configuración del ámbito de aplicación de cada norma comprende otros supuestos de trabajo en el extranjero que suelen exceder los límites de la figura jurídica que centra nuestro estudio⁸¹⁹.

Exponer, si quiera brevemente, las disposiciones que, junto a la ley 45/1999, regulan aspectos relacionados con las prestaciones de servicios transnacionales nos permitirá conocer no sólo el alcance real de las mismas, sino también las carencias o deficiencias que presenta la regulación normativa en esta materia para resolver los problemas jurídicos que plantea el desplazamiento temporal de un trabajador al extranjero⁸²⁰.

Sin embargo, antes de proceder al análisis de su contenido, y al igual que hiciéramos en el capítulo I -y por el mismo motivo- considero conveniente exponer, en una breve evolución histórica, de qué manera se ha ido adaptando nuestro ordenamiento jurídico a este tipo de desplazamientos temporales.

⁸¹⁹ Véase en este sentido, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 224.

⁸²⁰ *Ibidem*.

2. LA REGULACIÓN NACIONAL PREVIA A LA LEY 45/1999

El estudio que vamos a realizar debemos contextualizarlo en el marco de la ordenación normativa de la movilidad laboral. Y es que nuestro ordenamiento jurídico ha ido amoldándose a las distintas variaciones de los flujos de migración laboral que han acontecido en el mercado de trabajo y, consecuentemente, en las relaciones laborales por efecto de sucesivos cambios políticos, económicos y sociales en nuestro país.

Los flujos de migración laboral se han evidenciado en España tanto en relación al tipo de movilidad cuanto a las características de los movimientos.

En ese sentido, nuestro país ha pasado por varias etapas. De ser, en los años cincuenta a sesenta, un Estado con una alta emigración de mano de obra hacia la denominada Europa industrial⁸²¹, a ser un país receptor de trabajadores a finales de los noventa⁸²², para volver a experimentar otra ola de emigración laboral desde que comenzara la crisis económica actual⁸²³.

Pero como decíamos, esos cambios o variaciones se manifiestan también en las características de los movimientos. Así, frente a los que suponen, como en las migraciones, un cambio locativo de la persona en busca de trabajo, se han ido incrementando las experiencias de movilidad geográfica internacional de trabajadores en el ámbito de relaciones de trabajo ya constituidas⁸²⁴.

⁸²¹ Compuesta por Alemania, Suiza Bélgica, Países Bajos, Francia e Italia. Información facilitada en: R. Baeza Sanjuán, *Una aproximación a la emigración española hacia Europa en los años cincuenta desde la perspectiva de la Organización Sindical Española (OSE)*, Arbor CLXX, 669 (Septiembre 2001), pp. 181-199; y en AA.VV., *Historia del Instituto español de Emigración*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

Según el Instituto Español de Emigración (Institución creada en 1956 para prestar asistencia en materia de emigración), entre 1959 y 1975 emigraron a Europa unos alrededor de millón y medio de españoles. Información disponible a través del INE en:

<http://www.ine.es/inebaseweb/search.do?monoSearchString=emigrantes>

También se hace un recorrido histórico del fenómeno de la emigración en España, y de su regulación en la Exposición de motivos de La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006).

⁸²² Véase, C. González Enríquez, *La emigración desde España, una migración de retorno (ARI)*, Real Instituto Elcano, 2012. Disponible en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari4-2012

⁸²³ Desde que empezó la crisis, la emigración española se ha dirigido fundamentalmente a otros países de la UE. Al contrario de lo que se imagina, Alemania (con 19.462 emigrantes) no es el destino preferido, sino el Reino Unido, donde han emigrado 30.779 españoles, según los datos del INE, y hasta 112.980, según fuentes oficiales del propio Gobierno británico (NINo Registrations to Adult Overseas Nationals entering the UK. Department for Work and Pensions, 2013.). Información publicada en: AA.VV., *Anuario de la inmigración en España (2013). Inmigración y Emigración: mitos y realidades*, CIDOB, ISSN 1888-251X, Barcelona 2014, p- 92.

⁸²⁴ Sobre la diferencia entre “movilidad *para* el empleo” y “movilidad *en* el empleo”, véase epígrafe 1 del Capítulo II del presente trabajo.

Las primeras referencias normativas las encontramos en la década de los años treinta. No se trataba de disposiciones de carácter general sobre esta materia (y menos aún sobre el trabajo temporal en el extranjero), pero sí regulaban algunos aspectos relacionados con ella. Tal es el caso de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931⁸²⁵, cuyo artículo 19, referido a los traslados, disponía: “la indemnización por gastos de traslado del trabajador al lugar donde haya de ser empleado podrá ser exigida por éste al patrono solamente si se hubiese convenido expresamente”; y de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944⁸²⁶, cuyo artículo 15, de contenido similar a su antecesor, establecía: “la indemnización por gastos de traslado del trabajador al lugar donde haya de ser empleado podrá ser exigida por éste al empresario solamente si así se hubiera convenido expresamente o estuviese establecido en normas legales de trabajo”.

Donde sí es posible localizar una suerte de régimen jurídico de los traslados es en la normativa sectorial proveniente de Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y Reglamentos de Régimen Interior, aunque su relevancia quedara reducida a lo limitado de su ámbito de aplicación⁸²⁷.

Sería en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales⁸²⁸ donde se dio entrada a la regulación general de la movilidad geográfica. De hecho, prohibía su realización, salvo que se cumplieran dos condicionantes: que existieran “probadas razones técnicas, organizativas o productivas” y que fuera autorizada por la autoridad laboral “previo expediente tramitado al efecto”⁸²⁹. Su artículo 22, distinguía, además, entre traslados temporales y definitivos, estableciéndose para los primeros un límite temporal de un año de duración y contemplando un mínimo de cuatro días laborales de estancia en su domicilio de origen si el desplazamiento superaba los tres meses de duración, así como algunos derechos sobre gastos⁸³⁰. No obstante, desde el momento en el que esta disposición quedaba limitada a los traslados de residencia (Sección VII)

⁸²⁵ Gaceta de 22 de noviembre de 1931.

⁸²⁶ BOE núm. 55, de 24 de febrero de 1944.

⁸²⁷ Sobre la evolución histórica de la regulación de la movilidad geográfica en España, véanse, entre otros, J.I. García Ninet, “La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (Sala Franco, T. et al.) *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de Alicante y Caja de Ahorros Provincial de Alicante, Alicante, 1982, pp. 97-140; y Sala Franco, T. “Movilidad geográfica”, en AA.VV. (Dir. E. Borrajo Dacruz) *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo)*, Tomo I, Vol. 2, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 269-310.

⁸²⁸ BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976.

⁸²⁹ Artículo 22 de la Ley 16/1976.

⁸³⁰ Para un estudio más detenido de este precepto, acúdase a Fernández Ruiz, J. L. *Ley de Relaciones Laborales. Análisis y comentario*, Deusto, Bilbao, 1976, pp. 117 y ss., así como a Del Peso y Calvo, C. “Periodo de prueba. Traslados”, en AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, Madrid, 1977, pp. 237 y ss. Es una cita de A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 212.

es evidente que la regulación realizada sobre la movilidad geográfica era restringida e insuficiente.

La regulación de la movilidad geográfica entró en nueva fase con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. Y, aunque en relación a la movilidad geográfica, su primera versión suponía una continuidad con respecto a la regulación anterior contenida en la Ley de 1976, hubo algunos avances. El primero de ellos fue de carácter terminológico. Y es que, si bien se mantenía (con salvedades) la prohibición de trasladar al trabajador (artículo 40), también se estableció la de “desplazarlo”, adquiriendo así el término “desplazamiento” entidad propia. En segundo lugar, en relación a las causas que posibilitaban el traslado o el desplazamiento de un trabajador, hubo dos novedades respecto a la Ley de 1976. Por una lado, se introdujo una nueva razón: las contrataciones referidas a la actividad empresarial. Y por otro, la autorización de la autoridad laboral quedó limitada a los traslados. En consecuencia, el desplazamiento de un trabajador quedaba fundado en motivos relacionados con la actividad empresarial -razones técnicas, organizativas o productivas o por contrataciones referidas a la actividad empresarial-.

Sin embargo, fue con la aprobación del vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuando se produjo un avance en la configuración del régimen jurídico de la movilidad geográfica, aunque sin abarcar todos los posibles supuestos que engloba esta institución. En efecto, el artículo 40 del ET recoge lo que el legislador estatutario consideró los supuestos típicos de movilidad geográfica, es decir, los desplazamientos y los traslados, diferenciados básicamente en cuanto a su duración⁸³¹.

La doctrina es unánime al afirmar que, aparte de los desplazamientos y traslados, la gama de manifestaciones de la movilidad geográfica es más amplia⁸³². De hecho, como señala Molina Martín, se pueden ofrecer varias clasificaciones de supuestos de movilidad geográfica en función de distintos criterios combinados, tales como los sujetos decisores, el elemento causal, el número de trabajadores afectados, su

⁸³¹ Mientras que los traslados proceden cuando el cambio geográfico es definitivo o indefinido, los desplazamientos se sujetan a una determinación temporal máxima cuyo tope está en los doce meses en un periodo de tres años. Superado éste, corresponderá aplicar el régimen jurídico de los traslados.

Por otra parte, mientras que la decisión empresarial de desplazamiento es inmediatamente ejecutiva, los traslados están sometidos a un régimen exigente de requisitos y plazos.

No obstante, ambas instituciones comparten la existencia de un vínculo contractual previo; implican un cambio en el lugar de la prestación de servicios; y han de estar justificadas por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por contrataciones referidas a la actividad empresarial y siempre que concurran de manera excepcional o no habitual.

⁸³² En este sentido, entre otros, N. Corte Heredero, *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, p. 69, observa que “el artículo 40 del ET, a pesar de que como indica su propia titulación, regula la “movilidad geográfica” de los trabajadores, restringe el contenido de esta última, al normar única y exclusivamente dos manifestaciones de tal tipo de movilidad”.

prolongación temporal, o las consecuencias jurídicas de los mismos, teniendo presente que no se trata de categorías excluyentes, sino concurrentes⁸³³.

Esta reducción de las formas de movilidad geográfica a los supuestos de desplazamientos y traslados del artículo 40 del ET, deja fuera, por tanto, un abanico más amplio de supuestos, entre los que se encuentra la movilidad geográfica internacional de trabajadores.

3. LA MOVILIDAD TRANSNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución de 1978 propició una nueva orientación de las reglas sobre el trabajo en el extranjero. A diferencia de los textos analizados hasta el momento, en ella se enuncian expresamente preceptos referidos a los trabajadores españoles en el extranjero, formulados bien como derechos, bien como principios inspiradores de la legislación positiva y de la actuación de los poderes públicos

En ese sentido, el artículo 42 de la CE establece que “el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno”. Por otro lado, el artículo 19 de la misma norma consagra el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, así como a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca, no pudiéndose limitar dicha entrada o salida por motivos políticos o ideológicos.

La Constitución, por tanto, no reconoce ni establece, expresamente, un derecho a emigrar. La emigración, ya sea considerada como elección individual o como fenómeno social, es una consecuencia lógica del "derecho a entrar y salir libremente de España", consagrado en el artículo 19 como fundamental. Al Estado le corresponde, en consecuencia, "velar especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero" y "orientar su política hacia su retorno"⁸³⁴.

En base a estas garantías establecidas en nuestra Constitución, se han ido adoptando multitud de disposiciones de distinto alcance y contenido en ámbitos relacionados con los derechos civiles y de participación, la educación y la cultura de los emigrantes⁸³⁵, así

⁸³³ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., pp. 213-214, realiza dicha clasificación en función de distintas combinaciones de criterios.

⁸³⁴ En este sentido, P.J Peña Jiménez y S. Sieira, *Sinopsis del artículo 42 CE*, Congreso de los Diputados, 2011. Disponible en:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=42&tipo=2>

⁸³⁵ Todos estos aspectos se encuentran regulados en La Ley 40/2006 del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior. Esta norma constituye el marco básico para establecer el deber de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como los mecanismos necesarios para la coordinación

como en materia socio-laboral⁸³⁶; destacando en este sentido, los acuerdos de colaboración celebrados con las Comunidades Autónomas⁸³⁷.

Pues bien, centrando nuestro estudio en el artículo 42 de la CE, nos encontramos ante un precepto cuyo alcance ha sido analizado por la doctrina en no pocas ocasiones⁸³⁸. Y en casi todas ellas el debate se ha centrado en torno a si la expresión “trabajadores españoles en el extranjero” debe entenderse comprendida en el ámbito de la emigración, en el sentido del artículo 149.1.2ª de la CE⁸³⁹.

En ese sentido, parece no haber duda en relación al alcance y significado del término “emigración” en el ámbito del artículo 149.1.2ª de la CE, como concepto estricto referido a los flujos migratorios de salida. No obstante, la referencia diferenciada a los “trabajadores españoles en el extranjero” argumenta por sí misma el rechazo a su asimilación con la emigración; en el sentido de que la acción estatal que establece el artículo 42 de la CE⁸⁴⁰ no puede entenderse establecida respecto a los emigrantes en el sentido tradicional del término, sino que viene referida a aquellos españoles que trabajen

de sus actuaciones, en colaboración con la Administración Local, con los agentes sociales y con las organizaciones y asociaciones de emigrantes, exiliados y retornados. Por otra parte, en cumplimiento del artículo 42 de la Constitución, pretende establecer una política integral de emigración y de retorno para salvaguardar los derechos económicos y sociales de los emigrantes, de los exiliados y de los descendientes de ambos, y para facilitar la integración social y laboral de los retornados (véase la Exposición de Motivos de la propia norma).

Mención aparte merece, además, el artículo 68.5 de la CE que establece que “la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España”.

⁸³⁶ Una vez más, A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 220, reseña una serie de disposiciones a modo de ejemplo sobre acciones normativas llevadas a cabo en materia de repatriación y retorno, pensiones asistenciales por ancianidad, ayudas y subvenciones, o transporte.

⁸³⁷ Véase la Resolución, de 18 de abril de 1985, por la que se da publicidad al Acuerdo de colaboración entre el Instituto Español de Emigración y el Gobierno de Canarias para la atención de ancianos españoles emigrantes que deseen retornar a España y carezcan de medios económicos (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1985); la Resolución, de 19 de diciembre de 1989, por la que se da publicidad al Convenio de cooperación entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Junta de Andalucía para la atención de ancianos españoles emigrantes que deseen retornar a España y carezcan de medios económicos (BOE núm. 18, de 20 de enero de 1990); la Resolución, de 21 de septiembre de 1989, por la que se da publicidad al Convenio de cooperación entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Xunta de Galicia para la atención cultural a los emigrantes gallegos (BOE núm. 240, de 6 de octubre de 1989); y la Resolución, de 13 de noviembre de 1992, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Junta de Extremadura para la coordinación y cooperación en la acción social de los emigrantes y retornados (BOE núm. 291, de 4 de diciembre de 1992). Todas estas referencias se citan en el trabajo de A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 220.

⁸³⁸ Véase entre otros, F.J. Prados de Reyes y S. Olarte Encabo, “Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?”, en AA.VV. (A.V. Sempere Navarro, Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978, 25 Aniversario 1978-2003*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 1397-1427; J.M. Galiana Moreno, *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, Ministerio de Trabajo, Instituto Español de Emigración, Madrid, 1975; F.J. Gálvez Montes, “Artículo 42”, en AA.VV. (F. Garrido Falla, Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 871-877.

⁸³⁹ “El Estado tiene competencia exclusiva en materia de Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (artículo 149.1.2ª de la CE).

⁸⁴⁰ Esto es, la salvaguardia de los derechos económicos y sociales y la orientación hacia el retorno.

en el extranjero⁸⁴¹. Entienden Alonso Olea y Casas Baamonde que, en ese sentido, se produce una reformulación del concepto de emigrante, por cuanto que el movimiento migratorio lo realiza un trabajador en sentido jurídico estricto, esto es, una persona que ha celebrado un contrato de trabajo antes de emigrar⁸⁴².

En definitiva, el artículo 42 de la CE no habla expresamente de emigración y, por tanto, no cabe reducir su alcance y extensión tan sólo a las situaciones de los nacionales que dejan nuestro territorio para instalarse en otro, temporal o definitivamente, fuera del marco de una relación laboral⁸⁴³.

Ahora bien, como pone de manifiesto Molina Martín, la mayoría de disposiciones que, en base a los preceptos constitucionales citados, han venido afectando a trabajadores españoles en el extranjero han limitado su ámbito de aplicación subjetivo a los emigrantes en el sentido habitual del término. Lo que ha provocado, a su vez, que las materias reguladas en las mismas, aun siendo de carácter socio-laboral, versaran sobre cuestiones ajenas al desenvolvimiento de la relación de prestación de servicios⁸⁴⁴.

4. LA LEY 45/1999

En línea con el planteamiento reflejado hasta ahora, y examinando la variada legislación aplicable en España que guarda relación con la materia que centra este trabajo (Código Civil, Estatuto de los Trabajadores, normas europeas sobre la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios, normas sobre extranjería, o el Convenio de Roma) se llega a la conclusión de que no existía precepto en el Derecho español vigente entonces que, de forma inequívoca y explícita, asegurase en nuestro país el objetivo pretendido por la Directiva 96/71/CE: que a aquellos trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en otros Estados miembros en el marco de una prestación de servicios les fueran aplicables determinadas condiciones de trabajo establecidas por la legislación española⁸⁴⁵.

Precisamente para dar cumplimiento a tal objetivo se aprobó la Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante LDT), dando así entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la regulación de esta particular institución jurídica.

⁸⁴¹ En este sentido, F.J. Gálvez Montes, “Artículo 42”, cit., p. 875.

⁸⁴² Véase M. Alonso Olea y M. E. Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 19ª Ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 679.

⁸⁴³ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 222.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 223.

⁸⁴⁵ Apdo. 3 de la Exposición de Motivos de la Ley 45/1999.

Antes de adentrarnos en el análisis de su contenido considero conveniente justificar por qué se hizo necesario aprobar una norma con rango de ley para llevar a cabo la transposición de la citada norma europea.

La razón aparece recogida en la propia ley española. En efecto, en ella se señala que el TJCE venía exigiendo, en relación a la transposición de Directivas, que el rango normativo de la disposición que se eligiese para incorporar el Derecho comunitario coincidiese con el rango normativo de las disposiciones que regulaban las mismas cuestiones a nivel nacional⁸⁴⁶. Y, en ese sentido, los derechos de los trabajadores y sus condiciones de trabajo vienen regulados en nuestro país, fundamentalmente, en normas con rango de ley ordinaria, siendo el ejemplo más conocido, aunque no único⁸⁴⁷, el ET.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 9 de junio de 1999, relativo al anteproyecto de ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, señaló igualmente que la norma de incorporación había de tener el mismo rango que aquellas normas o disposiciones internas que regulasen la materia que debía adaptarse a la Directiva 96/71/CE⁸⁴⁸.

Justificada la necesidad de un determinado rango normativo, no podíamos concluir esta introducción a su estudio sin mencionar que la LDT aúna en su articulado la transposición literal de determinados aspectos de la Directiva 96/71/CE y la incorporación de instituciones propias de nuestro Derecho. Y ello es debido a que el texto de la ley pretende, además de la consecución de los objetivos pretendidos en la citada norma europea, una correcta integración en el Derecho laboral español⁸⁴⁹.

4.1 OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En la medida en que la Ley 45/1999 supone el desarrollo de la Directiva 96/71/CE, es evidente que debemos tener el objeto y el ámbito de aplicación de la misma como referencia de comparación permanente. Y, en ese sentido, la LDT, al contrario que la

⁸⁴⁶ Véanse en este sentido: STJCE de 8 de abril de 1976, *Royer* (asunto C-48/75); STJCE de 15 de marzo de 1990, *Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de los Países Bajos* (asunto C-339/87); y STJCE de 19 de enero de 1994, *Asociación para la protección de animales salvajes y otros* (asunto C-435/92).

⁸⁴⁷ Sirvan de ejemplo, entre otras la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995); y la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994).

⁸⁴⁸ Dictamen relativo al anteproyecto de ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Pleno extraordinario de 9 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.ces.es/dictamenes/1999/dic1099.pdf>

⁸⁴⁹ Tal y como se desprende de la literalidad del apartado 4 de la Exposición de Motivos de la LDT.

norma europea, de la que trae causa, fija de forma expresa su objeto⁸⁵⁰. De hecho, dicha mención es la encargada de iniciar su articulado:

«la presente ley tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo»⁸⁵¹.

De la literalidad de este precepto se aprecia que, al igual que la directiva europea, la norma española tampoco viene a modificar la ley aplicable al contrato de trabajo. De manera que su determinación se llevará a cabo igualmente con arreglo a las reglas establecidas en el RRI, cuyo análisis ya ha sido llevado a cabo⁸⁵².

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, teniendo nuevamente como referencia de comparación a la directiva sobre desplazamiento de trabajadores, el ámbito de aplicación de ambas normas difiere.

Así, mientras que en la Directiva europea la referencia viene dada por el desplazamiento de trabajadores que las empresas establecidas en un Estado miembro realicen al territorio de otro Estado miembro, la LDT reduce su atención a los supuestos en los que ese desplazamiento tenga como destino España. Así se desprende tanto de los apartados 3 y 4 de su Exposición de Motivos, como de la literalidad de los artículos 1.1 y 1.2 de la LDT⁸⁵³.

En consecuencia, debe entenderse que la LDT no será de aplicación a aquellos desplazamientos que se producen teniendo como origen nuestro país. No obstante, la propia norma se encarga de matizar este planteamiento en su disposición adicional primera al contemplar la regulación de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España; ampliando así su ámbito de aplicación.

Nótese que la LDT exige que se trate de empresas “establecidas” en la UE, en un país signatario del Acuerdo sobre el EEE o en nuestro país (para el supuesto contemplado en la D.A 1ª de la propia LDT). De ahí que no baste, por tanto, con el hecho de que las empresas que lleven a cabo el desplazamiento de un trabajador ejerzan su actividad en alguno de

⁸⁵⁰ En este sentido, A. de Juan Juan, *Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea*, cit., pp. 169 y 170.

⁸⁵¹ Artículo 1 de la LDT.

⁸⁵² Véase *supra* epígrafe 3.1.5 de la Parte III del Capítulo III del presente trabajo.

⁸⁵³ En virtud de estos preceptos, “la presente Ley tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo” y “será de aplicación a las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional”.

estos ámbitos geográficos. Cuestión distinta es que, como consecuencia de lo dispuesto en la D. A. 4ª de la ley, ésta se vaya a aplicar a empresas no pertenecientes a ninguno de esos ámbitos, en la medida en que éstas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los Convenios internacionales que sean de aplicación⁸⁵⁴. Lo que, en opinión de Del Rey Guanter y de Lázaro Sánchez, no implica necesariamente que dichas empresas desplacen trabajadores a nuestro país. Y es que, aunque la idea de la LDT es garantizar unas condiciones mínimas de trabajo a los trabajadores desplazados por empresas no pertenecientes al ámbito comunitario, no se expresa de manera clara en la LDT⁸⁵⁵.

Para Gutiérrez-Solar Calvo, esa adición del legislador español responde al mandato contenido en el artículo 1.4 de la Directiva 96/71/CE que ordena que las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deben obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro⁸⁵⁶. En efecto, si las disposiciones de la LDT sólo fueran aplicables a las empresas establecidas en los países de la UE (o signatarios del Acuerdo sobre EEE), no se podría dar cumplimiento al fin perseguido con dicho precepto de la Directiva (que las empresas de terceros Estados se encuentren en mejor situación de competitividad que las establecidas en la UE)⁸⁵⁷. De ahí que, al obligar la norma europea a que dichas empresas no se vean favorecidas, el legislador español imponga que cuando éstas desplacen trabajadores a España tengan que garantizarles –en los términos previstos en el artículo 3 y siguientes de la propia LDT- las condiciones de trabajo previstas en nuestra legislación.

Por otro lado, esa posibilidad de desplazar trabajadores a nuestro país por parte de empresas establecidas en terceros Estados quedará condicionada, en todo caso, al cumplimiento de la normativa sobre extranjería⁸⁵⁸. Aspecto que la propia LDT se encarga de señalar en su D.A. 5ª.

No podemos concluir la delimitación del ámbito de aplicación de la LDT sin señalar las dos exclusiones expresas que contiene la propia norma.

La primera de ellas, relacionada con el ámbito de aplicación subjetivo, establece que no

⁸⁵⁴ En este sentido, S. Del Rey Guanter y J. L. Lázaro Sánchez, “Ámbito aplicativo de la ley”, en M.E Casas Baamonde y S. Del Rey Guanter (Dirs.), *Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., p. 43.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁸⁵⁶ B. Gutiérrez-Solar Calvo, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 190.

⁸⁵⁷ En este sentido, J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, cit., p.16.

⁸⁵⁸ **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social** (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000), modificada por **Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009)**; y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de Abril de 2011).

quedarán sujetas a esta norma las empresas de marina mercante respecto de su personal navegante⁸⁵⁹. Se trata de una exclusión que viene dada, como ya vimos, en atención a las características diferenciales que reúne la actividad de estas empresas⁸⁶⁰.

Por su parte, la segunda de las exclusiones, referida a la causa del desplazamiento, señala que la LDT no será de aplicación a los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional. Tal pudiera ser el caso de una empresa europea dedicada a la formación que, con motivo de un contrato celebrado con una empresa española, desplazase a nuestro país a un trabajador para llevar a cabo la impartición de un curso. En este supuesto, el desplazamiento se produce para llevar a cabo la prestación de servicios pactada (aunque dicha prestación consista en el desarrollo de una actividad formativa). En este sentido, lo que parece inferirse de la redacción del artículo 1.3 de la LDT es que, en puridad, lo que el legislador ha pretendido excluir son aquellos supuestos en los que el trabajador es desplazado para recibir cualquier tipo de formación⁸⁶¹.

a) Especial referencia a los trabajadores incluidos

La LDT, en su artículo 2.1.2º, considera trabajador a quien, con independencia de su nacionalidad, es desplazado a España durante un periodo limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre la empresa y él durante el periodo de desplazamiento. A lo que el legislador español añade dos parámetros:

- que dicho desplazamiento se realice por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios (artículo 2.1.1º.a)); y
- que la empresa se encuentre incluida en su ámbito de aplicación (artículo 2.1.2º).

Ciertamente, desde el momento en el que la Directiva 96/71/CE, en su artículo 2.2, remite a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador, cualquier otra precisión resultaría innecesaria. En consecuencia, las prestaciones de servicios a las que se aplica la Ley 45/1999 son aquellas definidas conforme a los rasgos del artículo 1.1 del ET.

Para la LDT constituye un requisito imprescindible la existencia de una relación laboral entre tal empresa y el trabajador durante el periodo de desplazamiento. En este sentido, cabe la posibilidad de que se plantee un conflicto en el supuesto de que una determinada

⁸⁵⁹ Artículo 1.2 de la LDT.

⁸⁶⁰ Véase epígrafe 3.4 del Capítulo II del presente trabajo.

⁸⁶¹ Sin embargo, J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, cit., p. 19, argumentan la exclusión en base a la ausencia de laboralidad, por lo que consideran que los contratos formativos no deben quedar excluidos de la LDT al tratarse de relaciones laborales auténticas.

prestación de servicios no fuera considerada laboral en el país donde se encuentra establecida la empresa que desplaza y, sin embargo, sus características determinen que sí lo sea conforme a la legislación española. A esta posibilidad da respuesta el apartado 5º del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE que, aunque ideado inicialmente para la detección de los denominados “falsos autónomos”, contempla la posibilidad de aplicar los elementos de juicio contenidos en dicho artículo a los efectos de determinar si una persona entra dentro de la definición aplicable de trabajador de conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 96/71/CE; y lo que es más importante, “con independencia de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes”⁸⁶². Esto es, si de dichos elementos de juicio se deduce el carácter laboral de la relación será indiferente que la misma no sea calificada como tal en el Estado donde se encuentra establecida la empresa que desplaza.

Por lo que respecta a la irrelevancia de la nacionalidad del trabajador, hemos señalado antes que, si bien este elemento no delimita la aplicación de la LDT, si queda condicionado por la previsión contenida en la D.A. 5ª de la propia norma. En efecto, el desplazamiento de trabajadores a nuestro país queda supeditado, en todo caso – no sólo en el de empresas establecidas en terceros Estados-, al cumplimiento de la normativa sobre extranjería⁸⁶³.

En ese sentido, es posible que el trabajador desplazado por una empresa europea tenga una nacionalidad extracomunitaria. Ahora bien, esto no implica necesariamente que la previsión de la D.A. 5ª opere⁸⁶⁴, pues previsiblemente la contratación en el país de establecimiento de la empresa se habrá realizado de acuerdo con la legislación nacional propia sobre trabajo de extranjeros. De manera que ese trabajador extracomunitario que ha sido desplazado a España por un empresario comunitario para el que presta el servicio no está sujeto a régimen jurídico diferente del que rige el desplazamiento del resto de trabajadores comunitarios al servicio de dicho empresario, por lo que no cabe exigirle a dicho empresario el cumplimiento de la legislación de extranjería del país de acogida⁸⁶⁵.

b) Otros destinatarios

Aunque el ámbito subjetivo de la ley se configura a través de las empresas y trabajadores a los que se dirige, existen otros sujetos que también pueden ser considerados como

⁸⁶² Artículo 4.5 de la Directiva 2014/67/UE: “Los elementos a los que se refiere el presente artículo utilizados por las autoridades competentes en la evaluación global de una situación para considerarla desplazamiento real también podrán tenerse en cuenta a los efectos de determinar si una persona entra dentro de la definición aplicable de trabajador de conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 96/71/CE. Los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes”.

⁸⁶³ Véase nota a pie 858.

⁸⁶⁴ Véase en este sentido, J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, cit., p. 22.

⁸⁶⁵ STJCE de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, cit., apdos. 18, 19, 24 y 26.

destinatarios de la misma.

Ese es el caso, en primer lugar, de la Administración laboral, a la que se encomiendan diversas funciones: la recepción de la comunicación de desplazamiento que los empresarios que desplacen trabajadores a nuestro país deben efectuar (artículo 5), informar acerca de las condiciones de trabajo que, de acuerdo con el artículo 3, son aplicables en nuestro país (artículo 7), y la cooperación y asistencia en materia de información e inspección (artículo 9). Si bien, algunas de estas funciones han de ser desarrolladas por la Inspección de Trabajo, que se configura así como otro destinatario de la norma (especialmente, artículo 8).

En el ámbito de la información sobre las condiciones de trabajo aplicables en España, la LDT contempla una pluralidad de sujetos que puedan llevar a cabo tal petición. En ese sentido, las asociaciones empresariales de otros Estados, los trabajadores desplazados a nuestro país o que vayan a serlo, y los sindicatos u otros órganos de representación de tales trabajadores también deben ser entendidos como destinatarios en la medida en que para poder llevar a cabo tal solicitud deberán cumplir las previsiones del artículo 7 de la LDT.

En relación a la solicitud de información debemos tener de nuevo presente las novedades que sobre esta materia contempla la Directiva 2014/67/UE. En efecto, recordemos que su artículo 5 contempla la creación de un portal web a través del cual se pondrá a disposición pública la información relativa a las condiciones de trabajo aplicables en cada país, en relación con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE; así como la identificación de los órganos y las autoridades a los que se pueden dirigir los trabajadores y las empresas para solicitar información general acerca de la normativa y las prácticas nacionales que les son aplicables en relación con sus derechos y obligaciones dentro del territorio de desplazamiento.

Finalmente, los artículos 15 y 16 de la LDT tienen como destinatarios a los órganos jurisdiccionales del orden social en España que, de acuerdo con la norma, serán competentes para conocer de los litigios que se susciten por la prestación de servicios transnacional de carácter temporal que tenga o haya tenido lugar en nuestro país.

4.2 LOS DESPLAZAMIENTOS CONTEMPLADOS EN LA LEY

Hemos visto que la LDT tiene como objeto las prestaciones de servicios transnacionales de carácter temporal cuyo destino sea nuestro país (con la salvedad ya analizada de la D.A. 1ª). Pues bien, dicho objeto se concreta en el artículo 2 en torno a las siguientes variables:

- a) los desplazamientos en ejecución de un contrato de prestación de servicios entre empresas;

- b) los desplazamientos dentro de la empresa o en el seno de un grupo de empresas;
- c) los desplazamientos derivados de una cesión temporal de trabajadores.

Si bien las dos primeras modalidades o variantes de desplazamiento⁸⁶⁶ no presentan ninguna particularidad respecto a las homónimas contempladas en la Directiva 96/71/CE, el desplazamiento derivado de una cesión temporal de trabajadores sí.

La actividad de cesión temporal de trabajadores fue permitida en nuestro ordenamiento jurídico a partir de 1994 con la aprobación de la Ley 14/1994⁸⁶⁷ que se caracteriza, entre otras cosas, por las limitaciones que se imponen a la celebración de contratos de puesta a disposición⁸⁶⁸. Y, aunque la LETT no predetermina el carácter nacional que den tener las ETTs que deseen operar en nuestro país –lo que además supondría vulnerar las libertades comunitarias básicas⁸⁶⁹– el legislador piensa en empresas establecidas en España⁸⁷⁰. El hecho de que la Directiva 96/71/CE contemplase, dentro de los desplazamientos de trabajadores, las cesiones temporales que de éstos realizaran las ETTs no sólo quebró tal planteamiento, sino que planteaba la necesidad de adecuar dicha cesión a los requisitos que establece nuestro ordenamiento. De ahí que nuestro legislador se viera forzado a modificar la LETT a través de la D.F 1ª de la LDT, añadiendo a aquélla un nuevo capítulo que venía a regular precisamente la actividad transnacional de las ETTs.

Tras este breve apunte conviene resaltar la novedad que introduce la LDT en relación a estos desplazamientos. Y es que el artículo 2.2 de la LDT contempla la posibilidad de que los trabajadores de una ETT, que han sido puestos a disposición de una empresa usuaria en el extranjero sean a su vez desplazados por esta última a nuestro país en el marco de una prestación de servicios transnacional. En este supuesto, quien desplaza no es la ETT, sino la empresa usuaria. Nos encontramos, por tanto, ante una posibilidad no

⁸⁶⁶ Sobre los desplazamientos realizados en ambos supuestos me remito a lo expuesto en los epígrafes 3.3.1 y 3.3.2 del Capítulo I del presente trabajo.

⁸⁶⁷ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 131, de 2 de Junio de 1994). En adelante, LETT.

⁸⁶⁸ Véase *supra* epígrafe 3.3.3 del Capítulo I del presente trabajo.

⁸⁶⁹ En este sentido, S. Del Rey Guanter y J. L. Lázaro Sánchez, “Ámbito aplicativo de la ley”, en M.E Casas Baamonde y S. Del Rey Guanter (Dir.), *Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., p. 55.

⁸⁷⁰ Planteamiento que los autores anteriores sustentan en la redacción del artículo 2.1 de la LETT, a tenor del cual, entre las consideraciones a tener en cuenta por la administración laboral para autorizar a quienes deseen realizar la actividad de cesión temporal de trabajadores, figura el “disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador”. Al respecto, “se valorará la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa para desarrollar la actividad, teniéndose en cuenta factores tales como la dimensión y equipamiento de los centros de trabajo y régimen de titularidad de los centros de trabajo”. Véase, S. Del Rey Guanter y J. L. Lázaro Sánchez, “Ámbito aplicativo de la ley”, cit., p. 55.

contemplada en la Directiva 96/71/CE⁸⁷¹.

Abordábamos antes la exigencia establecida por la LDT en relación a la existencia de una relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa por cuya cuenta se desplaza. Este elemento es consustancial al régimen jurídico de este tipo de desplazamientos. Y lo es porque el mismo pretende que quien desplace asegure al desplazado las condiciones de trabajo vigentes en el lugar de destino. Si ese vínculo jurídico desapareciera –como podría ocurrir en la relación triangular entre la ETT, la empresa usuaria y el trabajador- tales garantías podrían verse afectadas.

En efecto, los desplazamientos se entienden realizados por quien tiene la consideración jurídica de empresario del trabajador desplazado. Y, aunque tal circunstancia es predicable de la ETT, la triangularidad de esta modalidad determina que la empresa usuaria adquiera también la condición de empresario en ciertos aspectos⁸⁷²; produciéndose durante el período de vigencia del contrato de puesta a disposición del trabajador un reparto temporal de facultades empresariales.

Con ello desaparece el temor a que no se garanticen unas determinadas condiciones de trabajo sobre el argumento de no existir vínculo jurídico entre el trabajador puesto a disposición y la empresa usuaria.

4.3 LAS CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS. LA PROTECCIÓN ADICIONAL DE LA LEY ESPAÑOLA.

El capítulo II de la LDT establece las obligaciones que han de observar los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los términos ya analizados.

De manera general, la técnica reguladora empleada por la ley española es similar a la utilizada en la Directiva 96/71/CE, si bien, hay algunas divergencias que merecen ser destacadas.

Tal es el caso, en primer lugar, de la forma en la que el legislador español ha recogido las condiciones mínimas de trabajo que han de ser respetadas en nuestro país. En este sentido, resulta llamativo el que, mientras la norma europea recoge en un único artículo las condiciones mínimas de trabajo que han de garantizarse al trabajador desplazado, la LDT dedica dos preceptos al mismo cometido. Uno de carácter general sobre condiciones de trabajo – artículo 3 de la LDT-, y otro específico dedicado a la cuantía mínima del salario de estos trabajadores -artículo 4 de la LDT-. Lo que viene a poner de

⁸⁷¹ En efecto, la Directiva europea se dirige a dos tipos de empresas: por un lado, las que contratan trabajadores para ser ellas mismas las receptoras de su trabajo; y por otro, las empresas de trabajo interino -siguiendo la literalidad de la norma europea- o ETTs.

⁸⁷² Me remito de nuevo a lo ya expuesto en el epígrafe 3.3.3 del Capítulo I del presente trabajo.

manifiesto, una vez más, la relevancia que este aspecto concreto tiene en materia de competitividad empresarial⁸⁷³.

En segundo lugar, y precisamente en relación con algunas de las materias que conforman el ámbito material de obligado cumplimiento, existen ciertas particularidades que iremos evidenciando con ocasión del análisis de cada una de ellas. Y es que la LDT amplía el núcleo mínimo de disposiciones de obligado cumplimiento, tanto desde un punto de vista materia como formal; lo que, en definitiva, nos llevará a analizar, además, si esta ampliación resulta justificada desde la perspectiva de la efectividad de la libre prestación de servicios.

a) Por lo que se refiere a la materia de *tiempo de trabajo*, y a tenor de la literalidad de la expresión empleada por el legislador español -“en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”- resulta evidente que las previsiones a garantizar durante el desplazamiento de un trabajador a nuestro país son más amplias que las contempladas en la Directiva europea. En ese sentido, el empresario que, en el marco de una prestación de servicios, desplace a un trabajador a España está obligado a garantizar, como mínimo, los límites temporales establecidos en nuestra legislación en relación a la jornada de trabajo⁸⁷⁴, horas extraordinarias⁸⁷⁵, trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo⁸⁷⁶, descanso semanal, y fiestas y permisos⁸⁷⁷, y vacaciones anuales⁸⁷⁸.

Señala Gárate Castro que así como algunas de estas materias son subsumibles en algunas de las contempladas en la Directiva 96/71/CE⁸⁷⁹, otras, en cambio, parecen no admitir tal posibilidad. Tal sería el caso de la distribución irregular de la jornada (artículo 34.2 del ET), los calendarios laborales (artículo 34.6 del ET), algunos de los extremos de la regulación del trabajo nocturno, del trabajo a turnos u organizado según un cierto ritmo (artículo 36 del ET) y de los permisos (artículo 37.3 del ET).

Por otro lado, el hecho de que se mencionen una serie de preceptos determinados no implica que sólo se acuda a ellos para conocer el contenido de los aspectos citados, pues igualmente habrá de tenerse en cuenta lo que dispongan sobre ellos otras disposiciones

⁸⁷³ Véase al respecto el epígrafe 2.2 de la Parte IV, del Capítulo III del presente trabajo.

⁸⁷⁴ Artículo 34 del ET.

⁸⁷⁵ Artículo 35 del ET.

⁸⁷⁶ Artículo 36 del ET.

⁸⁷⁷ Artículo 37 del ET.

⁸⁷⁸ Artículo 38 del ET.

⁸⁷⁹ Tal sería el supuesto de las previsiones sobre duración máxima de la jornada, los descansos entre jornadas y dentro de la jornada, la limitación de las horas extraordinarias y su posible compensación con tiempo de descanso, los límites de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos, la duración del descanso semanal, el descanso en días festivos o el periodo de vacaciones, que podrían incluirse en lo que la Directiva 96/71/CE designa como “periodos máximos de trabajo”, “periodos mínimos de descanso” y “duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas”. Véase, J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 42.

legales, reglamentarias y convenios colectivos de aplicación general, tal y como dispone la propia LDT –artículo 3.4⁸⁸⁰–.

Otro de los aspectos relacionados con esta materia que debemos destacar es la asunción que realiza el legislador español de la posibilidad contemplada en la Directiva 96/71/CE de excluir, al menos parcialmente, la observancia de determinadas condiciones de trabajo –en concreto, las referidas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario– cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días. Ahora bien, la LDT limita tal exclusión a los desplazamientos realizados a nuestro país en el marco de la ejecución de una prestación de servicios o los realizados *dentro* de la empresa o en el seno de un grupo de empresas.

Nada se dice, sin embargo, al respecto de los desplazamientos realizados por ETTs. *Ergo*, a los trabajadores desplazados a nuestro país a causa de contratos de puesta a disposición en el marco de una cesión temporal de trabajadores les serán de aplicación todas las condiciones de trabajo existentes en España, con independencia de la duración de la prestación en nuestro país.

b) En cuanto a la *cuantía de salario mínimo*, la LDT se acomoda a lo previsto por la Directiva europea que, como ya vimos, renuncia a proporcionar una noción concreta y se remite en ese sentido a la que fije la legislación laboral del Estado de destino⁸⁸¹.

Según el artículo 4.1 de la LDT, aquélla será la que corresponda, de acuerdo con las normas estatales –disposiciones legales o reglamentarias– y el convenio colectivo aplicable al grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado⁸⁸², en cómputo anual sin descontar los impuestos y la parte de la cuota de Seguridad Social a cargo del trabajador y por los conceptos de salario base, gratificaciones extraordinarias y complementos salariales y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno.

⁸⁸⁰ En el mismo sentido se pronuncia la Directiva 96/71/CE en su artículo 3.1.

⁸⁸¹ Véase artículo 3.1 *in fine* de la Directiva 96/71/CE.

⁸⁸² La referencia al grupo o categoría profesional contenida en el artículo 4 de la LDT nos conduce, necesariamente, a realizar una calificación jurídica previa del trabajo que va a realizar el trabajador desplazado. Es decir, tendremos que incluir la prestación de servicios en uno de los grupos o categorías profesionales contempladas en el convenio del sector que resulte de aplicación y que va a ser objeto de tal comparación.

El problema fundamental que surge a la hora de comparar radica en la posible falta de homogeneidad entre los parámetros a analizar: sistemas de clasificación profesional y partidas salariales. Ante la falta de soluciones de la LDT (y de la Directiva 96/71/CE), A. Valverde Asencio propone, para aquellos casos en los que no sea posible la comparación entre el sistema de clasificación profesional original del trabajador y el sistema de clasificación previsto en el convenio, asimilar, en la medida de lo posible, la prestación de servicios al sistema de éste último. Asimismo, en relación a las partidas salariales, plantea comparar sólo aquellas partidas homogéneas y respetar aquéllas otras que tuviera reconocidas el trabajador por la ley aplicable a su contrato y que no vinieran reconocidas en el convenio o instrumento colectivo del que deriva la cuantía mínima del salario a respetar en nuestro país –para dicha prestación de servicios–.

En detalle, A. Valverde Asencio, “Cuantía mínima del salario”, en M.E Casas Baamonde y S. Del Rey Guanter (Dirs.), *Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., pp. 113-121.

Excluyéndose de manera específica las mejoras voluntarias a la acción protectora de la Seguridad Social. En relación a este último concepto, la norma española es más restrictiva que la Directiva por cuanto que se refiere a toda mejora voluntaria, en tanto que la norma europea alude únicamente a los regímenes complementarios de jubilación profesional. Además, habría de tenerse en cuenta a la hora de realizar la comparación de legislaciones nacionales que en algunos países europeos las aportaciones a los regímenes complementarios de protección social tienen la consideración de salario, de modo que dicha comparación habría de realizarse de manera global, en atención a esta circunstancia⁸⁸³.

Una vez calculada –conforme al procedimiento indicado- la cuantía del salario mínimo que correspondería recibir conforme al Derecho español al trabajador desplazado, el propio fundamento de la norma obliga a realizar una comparación entre la cuantía del salario reconocido al trabajador en virtud de la ley aplicable al contrato y la cuantía mínima de salario a respetar en virtud de la disposición contenida en la LDT. Para ello, el artículo 4.3 de la LDT impone sumar un elemento nuevo que proviene del contrato del trabajador, al establecer que se habrán de tomar en consideración los complementos correspondientes al desplazamiento, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención.

No debemos olvidar que cuando estos desplazamientos no superen los ocho días de duración, las disposiciones relativas a la cuantía mínima del salario no serán de aplicación⁸⁸⁴.

En último lugar, se contiene una previsión expresa para los trabajadores desplazados por una ETT. En efecto, el apartado segundo del artículo 4 establece que estos trabajadores tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo. Dicha remuneración deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones, siendo responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador.

Este precepto también será de aplicación a los desplazamientos producidos al amparo de contratos de puesta a disposición concertados por empresas establecidas en terceros Estados, en virtud de lo establecido en la D.A. 4ª de la LDT.

c) Por lo que respecta a la *igualdad de trato y no discriminación* la LDT hace una distinción en función de las circunstancias relativas a la persona del trabajador -lo que podríamos denominar como principio de no discriminación por razones subjetivas- (artículo 3.1 c)), por un lado; y de las circunstancias relativas al tipo de vínculo que une

⁸⁸³ En este sentido, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 80.

⁸⁸⁴ Artículo 3.3 de la LDT.

al trabajador con la empresa o al tipo de jornada –principio de no discriminación por razones objetivas- (artículo 3.1 f)), por otro. Mientras que la primera variante opera en el acceso al empleo y en el empleo, la segunda lo hace básicamente en el empleo.

Con esta distinción parece que el legislador español manifiesta un especial interés en evitar las discriminaciones basadas exclusivamente en las circunstancias laborales indicadas. No obstante, la inclusión de los trabajadores desplazados por empresas establecidas en Estados miembros en el ámbito de esta tutela antidiscriminatoria podría considerarse contraria al Derecho de la UE, pues tales empresas ya están sujetas a medidas equivalentes en el Estado de establecimiento⁸⁸⁵. Entiende Gárate Castro que, en consonancia con este planteamiento, estaríamos ante una medida que no encontraría cobertura en la expresión “otras disposiciones en materia de no discriminación” que emplea el artículo 3.1 g) de la Directiva 96/71/CE, ni tampoco en la reserva de orden público del apartado 10 del mismo precepto; quedando reservada esta protección a los desplazamientos llevados a cabo por empresas establecidas en otros Estados⁸⁸⁶.

d) Las condiciones relativas al *trabajo de menores* es otra de las garantías contempladas por la LDT. De acuerdo con el artículo 6 del ET, la edad mínima de admisión al trabajo queda establecida en los dieciséis años. En este sentido, cuando la legislación del Estado miembro en el que se encuentra establecida la empresa que desplaza contemple una edad inferior para trabajar, la imposición del legislador español entrará dentro de las disposiciones más ventajosas del Estado de destino cuya aplicación ha de garantizarse en base al artículo 3.1 f) de la Directiva 96/71/CE.

Debemos señalar que, además de las condiciones contempladas en el artículo 6 del ET, también deberán tenerse en consideración otras situadas en la misma norma de referencia como la prohibición de realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo (artículo 34.4 del ET), la ampliación del descanso dentro de la jornada continuada diaria (artículo 34.4 del ET) y del descanso semanal (artículo 37.1 del ET).

e) En materia de *prevención de riesgos laborales*, la LDT al igual que hiciera la Directiva 96/71/CE hace una remisión en bloque a la normativa sobre la materia, eso sí, haciendo mención expresa a las normas sobre protección de la maternidad y de los menores. En este sentido, considera Serrano Olivares, que la LDT debería haber contemplado una serie de especificaciones en relación a determinados aspectos de la materia en atención a la dificultad de aplicar algunas de las normas relativas a la gestión de la prevención en la empresa por cuanto que el prestador de servicios no tendrá, por lo general, establecimiento alguno en el país de destino⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ En consonancia con la doctrina del TJCE. Véase sentencia de 19 de junio de 2008, *Comisión/Luxemburgo*, cit.

⁸⁸⁶ J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 46.

⁸⁸⁷ En ese sentido, entiende que, en relación a la vigilancia de la salud del personal desplazado, hubiera sido conveniente contemplar reglas especiales como la obligación del prestador de servicios de recurrir

f) La LDT amplía el núcleo duro al incluir la normativa relativa al *respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad* de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. La explicación de esta inclusión la encuentra Serrano Olivares en el hecho probable de que el legislador español haya seguido estrictamente el listado de derechos laborales básicos recogido en el artículo 4 del ET⁸⁸⁸. No obstante, teniendo en cuenta que se trata de derechos fundamentales reconocidos, además de por los Estados miembros, tanto internacionalmente como por la UE, su respeto también forma parte del orden público internacional. A lo que se añade que existe una notable aproximación de la normativa de los Estados miembros en esta materia, fruto de la labor de las Organizaciones Internacionales, en particular del Consejo de Europa, a través del CEDH.

g) Por lo que respecta a la *libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión*, la imposición de la legislación española supone también una ampliación de las garantías establecidas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE. Y es que, como señala la propia norma europea en el considerando 22 de su Exposición de Motivos, ésta “no afecta a la situación normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses nacionales”. Es por ello que la posibilidad de aplicar nuestra legislación en esta materia encuentra, de nuevo, cobertura en el artículo 3.10 de la propia Directiva. Ahora bien, en relación a los derechos de libre sindicación y huelga debemos tener en cuenta que si la Directiva ciñe su protección a las condiciones relativas al contrato de trabajo o a la relación individual de trabajo, la interpretación del artículo 3.1.h) de la LDT debe realizarse de manera que suponga el respeto de las disposiciones españolas más ventajosas sobre los aspectos individuales de estos derechos. Esto es, libertad del trabajador de afiliarse o no a un sindicato y adhesión o no a una huelga⁸⁸⁹.

La libertad sindical y el derecho de huelga no forman parte de las materias en las que la UE puede llevar a cabo labores de armonización legislativa⁸⁹⁰, por lo que la divergencia de contenidos con las legislaciones de algunos Estados miembros –como el Reino Unido– favorecerá la aplicación de las disposiciones españolas en la materia. No obstante, en la medida en que un trabajador desplazado disfrute en su país de origen de una protección similar, la aplicación de la normativa española en estas materias podría

durante el tiempo de desplazamiento a entidades especializadas establecidas en España en los supuestos de actividades con riesgos especiales o de trabajadores especialmente sensibles; o bien la obligación de desplazar a dichos trabajadores a su país de origen a tales efectos. Por lo que se refiere a las comprobaciones de los equipos de trabajo por parte de personal competente, se deberían de haber fijado las equivalencias oportunas cuando se trata de verificaciones realizadas por nacionales de Estados miembros. En detalle, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., pp. 81 y 82.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁸⁸⁹ J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 50. Sin embargo, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 92 entiende comprendido en el derecho de huelga tanto la vertiente individual como la colectiva (derecho a convocar y administrar una huelga).

⁸⁹⁰ Véase el artículo 153.5 del TFUE y el artículo 137.6 del TCE.

llegar a suponer una doble carga para el prestador de servicios⁸⁹¹.

Por lo que respecta al derecho de reunión, el hecho de que se mencione junto a la libre sindicación y al derecho de huelga –ambos de naturaleza laboral- podría dar pie a entender que la LDT se refiere al también derecho laboral reconocido en el artículo 4.1.f) del ET (reunión en asamblea). Ahora bien, las dificultades prácticas que el ejercicio de este derecho supone en el caso de un desplazamiento transnacional conduce a pensar que nos encontramos ante el derecho de reunión reconocido en el artículo 21 de la CE.

En efecto, lo más frecuente es que la empresa que desplaza no cuente en el país de destino con un centro de trabajo, de modo siendo el derecho de reunión un derecho básico de los trabajadores ejercitable en el centro de trabajo, la única manera de llevarlo a cabo en estos supuestos de movilidad es permitiendo que el mismo se ejercite en las instalaciones donde se encuentra desplazado el trabajador, con independencia de la titularidad del mismo.

A eso se añade la necesidad de que la asamblea sea convocada por los representantes unitarios o por al menos el 33 % de la plantilla, así como que la misma sea presidida, en todo caso, por los primeros. Por ello, a menos que entre los trabajadores desplazados se encuentren algunos que ostenten tal condición, difícilmente podrán cumplirse dichos requisitos. En relación a estos aspectos, las ETTs suponen un caso particular. Y es que, de conformidad con el artículo 17 de la LETT, los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tienen atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras dure ésta, a efectos de formular cualquier reclamación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo lo que atañe a la prestación de servicios en éstas⁸⁹².

h) En último lugar debemos hacer referencia a una nueva obligación que, aunque podía haber quedado incluida en el propio artículo 3.1.h) de la LDT, el legislador español optó por su localización separada. Nos referimos a las previsiones establecidas en materia de *representación de los trabajadores desplazados*.

En efecto, el legislador español, desoyendo las sugerencias del CES en relación a la conveniencia de incluir en ese último listado de derechos laborales a la representación de trabajadores⁸⁹³, optó por situarla en la D.A 3ª de la LDT. Se trata de una obligación que, al contrario de lo que ocurre en relación a las condiciones analizadas anteriormente, cuya garantía corresponde a la empresa que desplaza, tiene como destinatarias a las empresas españolas que reciban la prestación de servicios.

Así, la D.A. 3ª de la LDT recoge dos medidas importantes:

⁸⁹¹ En este sentido, R. Serrano Olivares, *Condiciones de trabajo*, cit., p. 92.

⁸⁹² En detalle, *Ibidem*, p. 94.

⁸⁹³ Dictamen de 9 de junio de 1999, relativo al anteproyecto de ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, cit., p. 12.

- la posibilidad de que los representantes de los trabajadores desplazados a España, que ostenten tal condición según su legislación o práctica nacional, ejerzan acciones administrativas y judiciales en nuestro país en los términos reconocidos a los representantes de los trabajadores por la legislación española; y
- la posibilidad de que los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias y de las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados tengan, respecto de dichos trabajadores, las competencias que les reconoce la legislación española, con independencia del lugar en que radique la ETT o la empresa prestataria de los servicios. Aspecto este último que concuerda, además de con la previsión del artículo 17 de la LETT que acabamos de ver, con la D.A 2ª de la LDT.

4.4 MEDIDAS ESTABLECIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO

La Directiva 96/71/CE establece en su artículo 5 que los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de lo dispuesto en ella, y velarán, en particular, porque los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones que prevé.

Este es el marco en el que se sitúa una serie de medidas accesorias o instrumentales recogidas en el articulado de la LDT y cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la propia norma por parte de la empresa que desplaza trabajadores a nuestro país.

No obstante, las medidas que los Estados pueden adoptar con esta finalidad no aparecen predeterminadas por la Directiva, lo que no implica una libertad absoluta para los propios Estados. En efecto, esta libertad se ve, por un lado, limitada por la propia doctrina del TJCE -en virtud de la cual esas medidas no pueden contener elementos u obligaciones que las hagan incompatibles con la libre prestación de servicios y, en general, con el Derecho de la Unión⁸⁹⁴-, y, por otro, modulada, como vimos en el capítulo anterior, por la Directiva 2014/67/UE⁸⁹⁵.

A lo largo de este epígrafe analizaremos las distintas medidas de control introducidas

⁸⁹⁴ Recordemos una vez más las SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., apdos. 34 y 35; de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, cit., apdo. 19; de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, cit., apdo. 21; de 19 de enero de 2006, *Comisión/Alemania*, cit., apdo. 31; de 21 de septiembre de 2006 *Comisión/Austria*, cit., apdo. 37; de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros*, cit., apdo. 45; de 19 de diciembre de 2012, *Comisión/Bélgica*, cit., apdo. 44; y de 3 de diciembre de 2014, *De Clercq y otros*, cit., apdo. 62.

Recordemos que esta materia ya ha sido analizada con ocasión del estudio sobre el principio de proporcionalidad (epígrafe 2.1 de la Parte III del Capítulo III del presente trabajo)

⁸⁹⁵ Así lo establece el artículo 9.1: “Los Estados miembros solo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE, siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la Unión”.

Véase *supra* epígrafe 3.3.3 de la Parte IV del Capítulo III del presente trabajo.

por el legislador español, pero lo haremos desde la óptica de la Directiva 2014/67/UE. Si tenemos en cuenta la relevancia de las medidas introducidas por esta nueva Directiva y que su fin es asegurar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, de la que trae causa la LDT, esta forma de análisis nos pondrá en una mejor posición para determinar si las previsiones introducidas por nuestro legislador se adaptan o no a las directrices de esa norma europea.

Por otro lado, la conveniencia de tener en cuenta la Directiva 2014/67/UE encuentra justificación además en la jurisprudencia del TJCE, según la cual, con anterioridad al transcurso del plazo de transposición, los órganos jurisdiccionales nacionales habrán de realizar una interpretación del Derecho nacional lo más conforme posible al Derecho comunitario⁸⁹⁶.

Como es conocido, la transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley. Esta opción supone en la práctica que la transposición de las Directivas agote o supere dichos plazos (en este caso fijado para el 18 de junio de 2016), lo que plantea problemas jurídicos ya sea a nivel interpretativo, ya sea a nivel de efecto directo.

Interesa en este momento analizar si la Directiva de 2014 ya vigente tienen algún valor jurídico o si, por el contrario, debe estarse en todo caso al vencimiento del plazo para su incorporación. En una primera aproximación, y desde la doctrina fijada por la STJCE *Adeneler* resulta incuestionable que la obligación general de interpretación del Derecho interno de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de transposición de ésta.

Esto significaría que, con anterioridad al transcurso del plazo de transposición no rige, en puridad, este principio. Sin embargo, lo cierto es que, como reconoce la propia sentencia, una Directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario a partir de su publicación (no en vano las Directivas despliegan su eficacia desde que entran en vigor). Y es aquí donde cabe preguntarse si tienen fuerza interpretativa las nuevas medidas introducidas por el legislador comunitario en tanto se produce la transposición.

La respuesta, según Jimeno Feliú, debe ser afirmativa, pues solo así puede preservarse el efecto útil de la normativa comunitaria. Máxime cuando las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ En este sentido: SSTJCE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann* (asunto C-14/83), apdo. 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros* (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01), apdos. 113 a 119; y de 4 de julio de 2006, *Adeneler* (asunto C-212/04) apdos. 108, 109 y 111.

⁸⁹⁷ J.M. Jimeno Feliú, *El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición*, Observatorio de Contratación Pública, marzo, 2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.191/recategoria.208/reلمenu.3/chk.b124558896f43f2d2997a872b828b959>

Desde esta perspectiva, las previsiones de la Directiva 2014/67/UE, durante en plazo de transposición y hasta que ésta sea efectiva, deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación, lo que obliga a que se reinterpreten las normas nacionales todavía no modificadas o adaptadas en el sentido de “rechazar” las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. En todo caso, el principio de seguridad jurídica actuará como límite, pues la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem*. Tal opción implicaría, en la práctica, la anticipación del efecto directo derivado del deber de incumplimiento de transposición y tal opción no es admisible dentro del sistema de articulación de ordenamientos jurídicos comunitario/nacional⁸⁹⁸.

Pero hay otro efecto importante derivado de la no transposición de dicha norma. Cual es que, la falta de transposición implica, además, que la misma no puede generar obligaciones para los particulares – en este caso, los empresarios que desplazan-. La directiva es obligatoria para los Estados miembros; de manera que, mientras no se produzca la transposición de la misma, el Estado no podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que en ella se generen para tales empresarios⁸⁹⁹ (sirva de ejemplo la obligación del prestador de servicios de presentar una declaración simple en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida –*ex* artículo 9.1.a)-).

4.4.1 Los requisitos administrativos exigidos

Las obligaciones o requisitos formales que los artículos 5 y 6 de la LDT hacen recaer sobre las empresas extranjeras que quieran desplazar a sus trabajadores a España, y cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones materiales contenidas en los artículos 3 y 4 de la misma norma son:

- la necesidad de comunicar a la Administración española el desplazamiento temporal de un trabajador; y
- la comparecencia y presentación de documentación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando exista requerimiento para ello.

El incumplimiento de cualquiera de ellas se califica como infracción administrativa sancionable, lo que igualmente servirá como aliciente para garantizar el cumplimiento de la LDT.

a) la necesidad de comunicar a la Administración española el desplazamiento temporal de un trabajador

⁸⁹⁸ Sirva de ejemplo la STJCE de 24 de octubre de 2013, Comisión/España (asunto C-151/12, publicación electrónica ECLI:EU:C:2013:690). *Ibidem*.

⁸⁹⁹ En este sentido véase la STJCE de 26 de febrero de 1986, *Marshall* (asunto C-152/84).

Establece el artículo 5.1 de la LDT que el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar el desplazamiento, antes de su inicio y con independencia de su duración⁹⁰⁰, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios.

En líneas generales, este precepto de la LDT presenta una amplia concordancia con el contenido del artículo 9 de la Directiva 2014/67/UE. Es cierto, sin embargo, que existen algunos aspectos que, con la transposición de dicha Directiva deberán ser modificados.

Tal es el caso, en primer lugar, del momento en el que el empresario que desplaza ha de comunicar dicho desplazamiento. Así, mientras la LDT exige que la comunicación se realice *antes* de que el desplazamiento se produzca, la nueva Directiva permite llevarlo a cabo *cuando comience la prestación*, siendo con ello más permisiva que la norma española.

En segundo lugar, y por lo que respecta al idioma en el que debe realizarse la comunicación, la Directiva 2014/67/UE exige que la misma se realice en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida, mientras que en la LDT no hay referencia al respecto, de manera que, al menos en teoría, es posible que el empresario comunique el desplazamiento de un trabajador en su propio idioma.

Otro de los aspectos que se verá alterado con la futura transposición de la Directiva es el relativo al medio por el que se realiza dicha comunicación. A falta de cualquier precisión al respecto en la LDT, debemos entender que la comunicación a las autoridades laborales de nuestro país puede realizarse por cualquier medio; sin embargo, la Directiva establece de manera expresa que la cooperación y la asistencia mutua se pondrán en práctica a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)⁹⁰¹ –artículo 21-. Debemos señalar, no obstante, que a pesar de encontrarse aún en fase piloto el módulo específico para la materia de desplazamiento de trabajadores, el sistema IMI se viene utilizando en nuestro país en relación a las solicitudes de información⁹⁰² (tanto para llevar a cabo solicitudes desde España como para dar respuesta a la petición realizada desde otro Estado miembro) desde marzo de 2011.

Finalmente, por lo que respecta al contenido de la comunicación, lo cierto es que la LDT parece cumplir ya la mayoría de los aspectos que deben constar en la comunicación y

⁹⁰⁰ No obstante, cuando en los supuestos de las letras a) y b) del artículo 2.1.1º de la LDT la duración inferior a ocho días, el empresario no está obligado a comunicar el desplazamiento, tal y como establece el apartado tercero del artículo 5 de la LDT.

⁹⁰¹ Véase epígrafe 3.8 de la Parte IV del Capítulo III del presente trabajo.

⁹⁰² Información disponible en la web de la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas: http://www.seap.minhap.es/web/areas/sistema_IMI/quequien/ambitos.html

que han sido contemplados como mínimos por el legislador comunitario⁹⁰³.

b) la comparecencia y presentación de documentación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando exista requerimiento para ello.

El artículo 6 de la LDT establece que los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de la presente Ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa⁹⁰⁴.

En esta ocasión las diferencias entre ambas normas se amplía, no tanto en cuantía como en contenido. Así, en primer lugar, a diferencia de la LDT donde no hay mención al respecto, la Directiva 2014/67/UE señala de manera expresa la obligación del prestador de servicios de conservar (en formato papel o digital) una documentación concreta⁹⁰⁵. Lo que nos lleva a la segunda de las divergencias, por cuanto que la expresión “cuanta documentación sea requerida” empleada en la LDT contrasta con la lista específica facilitada por el legislador europeo. Lista que podrá ser ampliada por los Estados miembros en virtud de la habilitación hecha en el artículo 9.2 de la Directiva⁹⁰⁶, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en él.

Por otro lado, ni la Directiva europea ni la LDT especifican el plazo en el que el empresario que desplaza ha de facilitar la documentación que se le haya solicitado. En este sentido, y teniendo en cuenta que dicha obligación deriva de un requerimiento previo de la Inspección de Trabajo, entendemos que, en el caso de la LDT, aquél será el que determine para su presentación dicho requerimiento. Por su parte, la Directiva establece que la documentación habrá de presentarse en un “tiempo razonable”⁹⁰⁷ tras la

⁹⁰³ La única mención no contemplada es la relativa a la naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento.

⁹⁰⁴ Esta actuación encuentra cobertura en las facultades que atribuye a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social el artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015).

⁹⁰⁵ Aunque la LDT no especifica la necesidad de conservar una determinada documentación por parte de los empresarios debe entenderse que la misma deriva de la posibilidad recogida en el artículo 13.3.c) de la Ley 23/2015, en virtud del cual, “los inspectores de Trabajo y Seguridad Social están autorizados, en el ejercicio de sus funciones, para: examinar en el centro o lugar de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, tales como: libros, registros, incluidos los programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y contabilidad; documentos de inscripción, afiliación, alta, baja, justificantes del abono de cuotas o prestaciones de Seguridad Social; documentos justificativos de retribuciones; documentos exigidos en la normativa de prevención de riesgos laborales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección”.

⁹⁰⁶ “Los Estados miembros podrán imponer otros requisitos administrativos y medidas de control cuando surjan situaciones o nuevos elementos que permitan suponer que los requisitos administrativos y medidas de control existentes resultan insuficientes o ineficaces para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la Directiva 96/71/CE y la presente Directiva, siempre que estén justificados y sean proporcionados”.

⁹⁰⁷ Siguiendo la literalidad del artículo 9.1.c) de la Directiva 2014/67/UE.

petición realizada por las autoridades del Estado miembro de acogida⁹⁰⁸, dejando así en manos de los propios Estados la concreción de ese tiempo.

La última de las divergencias entre la LDT y la Directiva 2014/67/UE en relación a este aspecto tiene que ver con la posibilidad de que dicha presentación se realice o no durante el tiempo en el que el trabajador se encuentra desplazado a nuestro país. La LDT guarda silencio en esta materia. No obstante, si tenemos en cuenta que la obligación de presentar una determinada documentación trae causa en un requerimiento previo de la Inspección de Trabajo (es decir, que se ha llevado a cabo una inspección en el centro de trabajo en el que se encuentra desplazado el trabajador) es posible que la presentación se realice mientras el trabajador sigue desplazado en nuestro país; ello dependerá tanto de la duración del desplazamiento como de la de la actuación inspectora⁹⁰⁹.

Por su parte, la Directiva de 2014 contempla la posibilidad de que dicha presentación se realice una vez concluido el desplazamiento del trabajador. Pero no sólo podrá ser posterior al desplazamiento dicha presentación, pues de la literalidad del precepto europeo parece desprenderse que también es posible que la petición de la autoridad laboral del Estado de acogida se realice una vez concluido el desplazamiento, esto es, cuando el trabajador ya ha regresado al país de origen. Algo que en este caso se presenta como razonable si tenemos en cuenta que se precisa la actuación y colaboración de las autoridades laborales dos Estados miembros. No obstante, como dijimos antes, todo dependerá de la duración de ambos acontecimientos.

Finalmente, la Directiva 2014/67/UE establece la obligación del empresario que desplaza de proporcionar una traducción de los documentos mencionados a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida o a otra u otras lenguas aceptadas por el Estado miembro de acogida. Al igual que ocurría con la obligación de comunicar el desplazamiento, respecto a esta materia tampoco se pronuncia la LDT.

4.4.2 Las medidas administrativas

Al igual que ocurría con la Directiva 96/71/CE, el legislador español tampoco confía la efectividad de las disposiciones de la LDT al cumplimiento voluntario por parte de las empresas que llevan a cabo estos desplazamientos transnacionales de trabajadores. Ni

⁹⁰⁸ Artículo 9.1.d) de la Directiva 2014/67/UE.

⁹⁰⁹ En este sentido debe tenerse en cuenta que *las actuaciones comprobatorias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a un mismo sujeto no pueden superar los nueve meses continuados o los 18 meses cuando concurren determinadas circunstancias. Véase artículo 17.1 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 40, de 16 de Febrero de 2000); modificado por el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio (BOE núm. 149, de 23 de Junio de 2005).*

tampoco se deja por completo a los procedimientos de control del cumplimiento de la legislación laboral establecidos en nuestro país. Precisa de una serie de medidas específicas que contribuyan a remover las dificultades que impidan dicha efectividad porque la empresa que desplaza al trabajador se encuentra establecida en un Estado distinto al nuestro cuyas condiciones de trabajo está obligada a aplicar⁹¹⁰.

Antes de adentrarnos en el estudio de las medidas de carácter administrativo debemos aclarar que, aunque la LDT las defina en relación con los desplazamientos a España realizados por empresas establecidas en otros Estados miembros, han de entenderse extendidas a los desplazamientos decididos por empresas establecidas en terceros países, en virtud de la D.A 4ª de la propia LDT

El capítulo III se ocupa de regular las siguientes medidas tendentes a asegurar el cumplimiento de las condiciones laborales analizadas por parte de los prestadores de servicios extranjeros:

a) Información sobre las condiciones de trabajo

Señala el artículo 7 de la LDT que corresponde informar sobre las condiciones de trabajo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, deben garantizar las empresas que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional a la autoridad laboral del territorio donde se vayan a prestar los servicios en nuestro país. Dicha autoridad será, con carácter general, la de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el territorio en cuestión. Y es que nos encontramos ante una competencia comprendida en la ejecución de la legislación laboral que las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.7ª de la CE.

Por otro lado, esa autoridad laboral deberá informar también sobre las condiciones de trabajo de obligado respeto para los trabajadores desplazados a otro Estado, si los interesados se dirigen directamente a ella para obtener la información, en lugar de solicitarla a los órganos administrativos que en aquel Estado tengan atribuida la competencia en materia de información.

En relación a los sujetos que pueden recabar dicha información considera el legislador español que la misma podrá ser solicitada por:

- los órganos de información de otros Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE⁹¹¹;

⁹¹⁰ En este sentido, J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 71.

⁹¹¹ Se entiende que también podrán solicitarla los órganos administrativos de otros Estados, cuando el desplazamiento lo lleven a cabo las empresas establecidas en ellos, en virtud de la D.A. 4ª de la LDT.

- las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley que vayan a desplazar trabajadores a España;
- las asociaciones empresariales que representen los intereses de tales empresas;
- los destinatarios de la prestación de servicios transnacional;
- las asociaciones que los representen;
- los trabajadores desplazados a España o que vayan a serlo; y
- los sindicatos u otros órganos de representación de tales trabajadores.

Por lo que respecta al procedimiento de solicitud, la única mención al respecto es la relativa a la vía por la que puede ser solicitada. Y en este sentido, la LDT establece que podrá requerirse y suministrarse por cualquier medio, incluidos los electrónicos, informáticos y telemáticos, siempre que permita la adecuada identificación del solicitante de la información, del lugar o lugares del desplazamiento dentro del territorio español y de la prestación de servicios que se va a realizar en España.

Llama, sin embargo, la atención la ausencia de algún tipo de referencia al plazo en el que la autoridad laboral debe cumplir esta obligación de informar, así como a las consecuencias que pueden derivarse de la eventual falta de respuesta o retraso en la misma⁹¹².

b) Cooperación administrativa gratuita

Según establece el artículo 9 de la LDT, la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social españolas podrán dirigirse a los órganos administrativos que tengan atribuida en otros Estados la asistencia y cooperación en materia de desplazamientos transnacionales para recabar de ellos la que puedan necesitar para el eficaz ejercicio de sus competencias relacionadas con dichos desplazamientos. En el mismo sentido se establece la obligación inversa. Es decir, también deberán prestar la asistencia y cooperación que les soliciten esos órganos administrativos extranjeros.

El apartado segundo del mismo precepto determina que la cooperación y asistencia consistirán, en particular, en formular y en responder a peticiones justificadas de información respecto al desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios transnacionales, incluidos los casos de abuso manifiesto y de actividades transnacionales presuntamente ilegales. A lo que se añade la puesta en conocimiento a los órganos competentes de las Administraciones públicas de otros Estados miembros

⁹¹² Véase en este sentido, J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio, *La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, cit., pp. 34 y 35; y J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 75. Este último considera que el legislador español consideró que se trataba de una materia propia del desarrollo reglamentario que anuncia la D.F 2ª de la propia LDT. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido dicho desarrollo no se ha llevado a cabo.

de las infracciones administrativas cometidas en España por las empresas establecidas en tales Estados con ocasión del desplazamiento de sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

En esta materia resulta trascendental la aportación de la Directiva 2014/67/UE que, además de detallar el objeto de esta cooperación y asistencia, introduce unas directrices de actuación que ayudarán a homogeneizar y acelerar estas actuaciones entre los Estados miembros⁹¹³.

c) Inspección y sanción

Tal y como establece el artículo 8 de la LDT corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la presente Ley, desarrollando las funciones establecidas en la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 12 de esta última norma.

Corresponde a los artículos 10 a 13 de la LDT regular el contenido de esta materia, sin embargo, estos preceptos fueron derogados por la disposición derogatoria única.2.g) del Real Decreto Legislativo 5/2000⁹¹⁴. Motivo por el que debemos acudir a la LISOS para conocer aquél.

Así, constituye infracción administrativa:

- El incumplimiento de las obligaciones de comunicación, comparecencia y presentación de la documentación que justifique el cumplimiento de la LDT a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Para su calificación como leves, graves o muy graves, el artículo 10 de la LISOS atiende a que el incumplimiento consista en simples defectos formales de la comunicación (artículo 10.1); a que su realización sea posterior al inicio del desplazamiento (artículo 10.2), o a la falta de cualquier comunicación, así como a la falsedad u ocultación de los datos contenidos en la misma (artículo 10.3 de la LIS).

- El incumplimiento de las condiciones de trabajo que deban garantizarse a los trabajadores desplazados a nuestro país.

En relación a este incumplimiento resulta llamativo el que el artículo 10.4 de la LISOS lo defina como constitutivo de infracción administrativa, pero no contenga, sin

⁹¹³ Véase epígrafe 3.3 de la Parte IV del Capítulo III del presente trabajo.

⁹¹⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante LISOS (BOE núm. 189, de 08 de Agosto de 2000).

embargo, referencia alguna al tipo de responsabilidad exigible; remitiendo dicha tipificación a la correspondiente al incumplimiento de la condición de trabajo afectada.

- El incumplimiento de las condiciones bajo las que pueden desarrollar su actividad en España las ETTs establecidas en otros Estados y de las condiciones que permiten que una empresa establecida o que ejerza su actividad en España pueda celebrar con ellas contratos de puesta a disposición.

Estas infracciones se encuentran recogidas en el artículo 24 de la LETT y en los artículos 18 y 19 de la LISOS, distinguiendo ambos entre la responsabilidad de la ETT y la de la empresa usuaria.

Las sanciones a aplicar, los criterios para su graduación y las competencias sancionadoras se rigen por las reglas generales de la LISOS, tal y como preveían los artículos 12.2 y 13.4 de la LDT cuando era esta ley la que regulaba las infracciones y sanciones administrativas en materia de desplazamientos transnacionales⁹¹⁵.

4.4.3 Las medidas jurisdiccionales

La Ley 45/1999, en cuanto transposición de la Directiva 96/71/CE, es consciente de las dificultades que presenta el hecho de que el lugar de establecimiento del empresario que realiza el desplazamiento se encuentre en otro Estado distinto de aquél cuyas condiciones de trabajo está obligado a aplicar; y en este sentido no es ajena a la solución ofrecida por la Directiva europea.

El artículo 15 de la LDT, reconociendo que las cuestiones litigiosas suscitadas por su aplicación pertenecen, por razón de la materia, a la rama social del Derecho, procede a someterlas al conocimiento de los tribunales laborales españoles; precisando a continuación que éstos serán competentes cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el artículo 25 de la LOPJ (precepto que determina la competencia de los tribunales españoles en conflictos derivados del contrato de trabajo con un elemento internacional) y sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia establecidos en el CB y el CL⁹¹⁶. Se trata, por tanto de una atribución genérica, de ahí que el artículo 16.2 de la LDT se remita,

⁹¹⁵ J. Gárate Castro, *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, cit., p. 80.

⁹¹⁶ La referencia debe entenderse hecha, actualmente, al Reglamento (UE) 1215/2012 y al nuevo Convenio de Lugano del 30 de octubre de 2007. Véase epígrafe 2 de la Parte II (Capítulo III) del presente trabajo.

para la atribución de esta competencia, a las reglas contenidas en la LPL (referencia que debe entenderse realizada a la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social⁹¹⁷).

Pues bien, en base a esa última apreciación y a lo dispuesto en el artículo 21 de la propia LOPJ⁹¹⁸, el mandato del artículo 25 tiene escasa aplicación, puesto que sólo cuando no resulten de aplicación las normas previstas en los Tratados internacionales en materia de competencia judicial será posible acudir a nuestra reglamentación interna.

Por todo esto no se entiende bien la referencia que el artículo 16 de la LDT realiza a la LOPJ, a no ser que la entendamos como un recordatorio a los Tribunales en la aplicación de los diferentes bloques normativos presentes en materia de conflicto de jurisdicciones⁹¹⁹.

Por lo que respecta a la competencia judicial interna que asigna el conocimiento de ese litigio a un determinado órgano jurisdiccional estatal, en este caso español, el artículo 16 de la LDT establece que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles del orden social se determinará de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 6 a 10 de la LPL. Referencia que debe entenderse realizada a los capítulos II y III de la LJS. Al igual que la contemplada en el artículo 17 de la LDT para cualquier cuestión no prevista por ella en esta materia.

⁹¹⁷ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE Núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

⁹¹⁸ Artículo 1.1 de la LOPJ: “Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español (...) con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte”.

⁹¹⁹ En detalle, O. Fotinopoulou Basurko, *Mecanismos de tutela judicial, en Desplazamientos de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*, cit., pp. 243 y ss.

El que un trabajador sea desplazado por su empresa a otro país para prestar en él un servicio no es, en absoluto, un fenómeno novedoso. Sí lo es, sin embargo, la dinámica y fluidez con la que se produce en la actualidad.

La intensidad, frecuencia y alcance de los desplazamientos transnacionales de trabajadores, fruto del proceso de globalización de finales del siglo XX, está haciendo visible una nueva realidad, cual es la transformación de la unidad familiar ante la interacción de dos elementos: el trabajo como sustento económico de la familia y la ausencia temporal de alguno de sus miembros por razones laborales.

Estos desplazamientos, al trascender las fronteras nacionales e integrar en una misma experiencia un nuevo espacio transnacional -en el que se funden el país de origen y el país receptor-, ponen en marcha un proceso de intercambios que se evidencia de manera particular en las relaciones individuales del Derecho de Familia⁹²⁰. En efecto, este tipo de desplazamientos acarrea profundas implicaciones a nivel familiar; y es que, en cierta medida, la familia, *per se*, participa en tal fusión. No sólo por su posible coprotagonismo en el desplazamiento, sino igualmente por su vulnerabilidad ante los posibles efectos desintegradores propios de la separación tanto física como emocional que acarrea consigo esta modalidad de desplazamiento en el trabajo⁹²¹. Desde esta perspectiva surgen las denominadas *familias transnacionales*⁹²², entendidas como aquéllas en las que algunos de sus miembros se encuentran, temporalmente, en un país distinto al de origen por motivos laborales.

En este Capítulo IV se analizarán los procesos e interacciones que se suceden en la familia que se configura en este contexto transnacional. Para ello se tomará como referencia de análisis una recopilación subjetiva de estudios con enfoques diferentes, pero a la vez complementarios, realizada con el objetivo de encontrar una opción lo

⁹²⁰ M. A. Asín Cabrera, *Reagrupación familiar y modelos de familia en la Unión Europea*, en *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y Derecho*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, 33, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 153 y ss.

⁹²¹ En este sentido, E. La Spina, *La familia transnacional como factor de transformaciones socioeconómicas, políticas y jurídicas*, Simposium internacional “Nuevos retos del Transnacionalismo en el estudio de las migraciones”, Barcelona, 2008. Disponible en: <https://docsGEDIME.files.wordpress.com/2008/02/tc-encarnacion-la-spina.pdf>

⁹²² J. Le Gall, *Familles transnationales: bilan des recherches et nouvelles perspectives*, Les Cahiers du Gres, Serie Diversité urbaine, Vol. 5, Núm. 1, 2005, p.30, la define como aquella unidad familiar caracterizada por la dispersión de sus integrantes en distintos países debido al desplazamiento laboral de uno o más de sus miembros.

En la doctrina anglosajona se denominan *multisited family*. Término acuñado por L. Green Basch, N. Glick Schiller, y C. Szanton Blanc, *Nations unbound: transnational projects, postcolonial predicaments, and deterritorialized nation-states*, Gordon and Breach, Pensilvania, 1994.

suficientemente amplia y flexible que permita interpretar las interacciones que se dan entre los miembros de este tipo de familias.

No obstante, debemos tener presente que no todo desplazamiento tiene consecuencias negativas en el ámbito familiar. Por ello, este estudio tomará en consideración únicamente aquellos desplazamientos, que por su prolongada duración en el tiempo pueden llegar a repercutir en el ámbito familiar⁹²³.

En efecto, cuando la prestación de servicios comporta una estancia prolongada en un país extranjero, el desplazamiento no concierne únicamente al trabajador, sino que afecta también de manera importante a todo el ente que conforma el núcleo familiar en el que se inserta. Por este motivo es importante que la familia de ese trabajador quede involucrada en ese proceso empresarial.

Con este nuevo capítulo se pretende enriquecer el estudio de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, aportando, una nueva perspectiva -la esfera más íntima del trabajador- que, comúnmente, no es tenida en cuenta en el análisis de esta materia.

⁹²³ Recordemos que la Directiva 96/71/CE y la LDT no establecen límites temporales con los que poder determinar la duración máxima que un desplazamiento, en el marco de una prestación de servicios transnacional, puede llegar a tener. Me remito en este punto al epígrafe 2.2.4 del Capítulo II del presente trabajo.

1. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE FAMILIA TRANSNACIONAL

1.1 LA FAMILIA Y SU DIFÍCIL CONCEPTUACIÓN

De todas las instituciones humanas, la familia es, sin duda, la institución social más antigua y más universal. Su pervivencia a lo largo de los tiempos viene a demostrar su claro origen natural. Y es que la necesidad de apareamiento del ser humano y el nacimiento y crianza de los hijos son un hecho ante todo natural que hace surgir inmediatamente la idea de familia, en el sentido de estructura de organización del parentesco existente entre sus miembros⁹²⁴. Pero junto a este origen natural, la familia es una comunidad humana que se inserta dentro de la estructura de la sociedad⁹²⁵ y, como tal, se encuentra sometida a las influencias y vaivenes de ésta en su devenir histórico. Y, en este sentido, la familia es una realidad cambiante.

En efecto, la polisemia del término “familia”, tan cotidiano en nuestro lenguaje actual, no es más que un reflejo fiel de su evolución paralela a la historia del hombre en la tierra⁹²⁶. La institución familiar ha sido a lo largo de la historia el pilar básico de la sociedad. Esta última ha ido imprimiendo aquélla de una serie de características que la han ido conformando a través de su evolución en el tiempo. Así, podríamos decir que el marco sociocultural en que se circunscribe ha determinado la evolución misma del núcleo familiar⁹²⁷.

La familia ha demostrado históricamente ser una institución capaz de sobrevivir a todo tipo de circunstancias y vicisitudes. De hecho, de todas las instituciones humanas, la familia es la que probablemente ha soportado más adversidades y ha sobrevivido a todas. La crisis económica en la que actualmente también está inmersa la familia, así como las dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para la prevención y el amortiguamiento de los efectos dramáticos que aquella conlleva, cumpliendo así una

⁹²⁴ O. Buenaga Ceballos, *La familia y la Seguridad Social*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 23.

⁹²⁵ C. Levi-Staruss, C., en Prólogo a *La Historia de la familia* (A. **Burquièrre**, Dir.), Alianza Editorial, Tomo I, Madrid, 1988, pp. 12 y 13, se refiere a la naturaleza dual de la familia, ya que ésta se funda sobre necesidades biológicas, pero a la vez está sometida a condicionamientos de índole social, de ahí que considere a la familia como una institución social que reposa sobre un fundamento biológico.

⁹²⁶ “el término familia no es más que la etiqueta cómoda para designar formaciones más o menos heterogéneas”, de nuevo, C. Levi-Staruss, C., en Prólogo a *La Historia de la familia*, cit., p. 13.

En el mismo sentido, F. Zonabend, “De la familia. Una visión etnológica del parentesco y la familia”, en *Historia de la familia*, cit., p. 17: “el que la familia sea un término altamente polisémico no es sino reflejo de las variaciones históricas de la institución que denomina”.

⁹²⁷ A. Franco Carrasco y M. Rivas Flores, “La Familia en el Código Civil Español y en el Código Marroquí de Estatuto Personal: Algunos Aspectos para la Reflexión en el Ámbito de la Inmigración”, en *Fórum Internacional Sobre Flujos Migratorios Entre el Magreb y España*, Universidad de Sevilla, 2002, p. 1. Disponible en: <http://www.documentacion.edex.es/docs/1308fracfam.pdf>.

importante función social⁹²⁸. En este sentido, la familia es considerada como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, siendo mucho más que una unidad jurídica, social y económica.

Actualmente estamos asistiendo a un redescubrimiento y reafirmación de la idea de familia. En efecto, existe una creciente toma de conciencia sobre las importantes funciones que esta institución, como realidad cotidiana, tiene que desempeñar. De hecho, la familia sigue siendo hoy la institución más valorada en las diferentes encuestas internacionales⁹²⁹.

En los últimos años, en las distintas instancias europeas ha surgido una fuerte preocupación por los problemas de la familia. Esta inquietud se corresponde con la creciente sensibilidad social ante la necesidad de proteger a la familia y los entornos de la vida familiar. En este sentido, la política familiar ha pasado a ser entendida en Europa como una prioridad social y pública⁹³⁰.

En 2104 se conmemoró el XX Aniversario del Año Internacional de la Familia y desde Naciones Unidas se aprovechó la ocasión para recordar a la sociedad en general y a los responsables políticos en particular, la importancia de la familia como soporte de la sociedad y la necesidad de fortalecer la institución familiar⁹³¹.

Precisamente esa naturaleza social de la familia es lo que ha llevado a sociólogos y antropólogos a liderar los estudios sobre esta institución. Y, sin duda, estas ciencias han contribuido al conocimiento de lo que debemos entender por “familia”, pues han indagado sobre distintos aspectos relacionados con ella (los distintos modelos familiares existentes en el tiempo, sus funciones, así como las transformaciones sufridas a lo largo

⁹²⁸ Así se pone de manifiesto en el Informe del Instituto de Política Familiar, *Evolución de la familia en Europa 2014*, Madrid, 2014, p. 4. Disponible en:

https://www.google.es/search?q=Informe+de+Evoluci%C3%B3n+de+la+Familia+en+Europa+2014.&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=N7jiVbDiA8eyUaDAR_gK#

⁹²⁹ Véase, de nuevo, el Informe del Instituto de Política Familiar, *Evolución de la familia en Europa 2014*, cit., p. 4.

⁹³⁰ Reflejan esta inquietud, entre otros documentos: El Dictamen del CESE sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros” (2011/C 218/02), de 4 de mayo de 2011 (DOUE C218, de 23 de julio de 2011); la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 3 de octubre de 2008, *Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar*, COM(2008) 635 final; y las Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos con el Consejo, de 23 de mayo de 2007, sobre la importancia de las políticas familiares en Europa y el establecimiento de una Alianza de las Familias –Adopción e intercambio de puntos de vista (9317/1/07, SOC 185).

Para mayor abundamiento, véase *Documentos de la UE sobre la familia, Selección de textos*, Instituto de Política Familiar, Madrid, 2013. Disponible en:

https://www.google.es/search?q=Documentos+de+la+UE+sobre+la+familia&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=UdviVZ2KOIXdUc_-rsAB#

⁹³¹ Véase la Resolución 69/144, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014, sobre el XX Aniversario del Año Internacional de la Familia. Disponible en inglés en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/144>

del tiempo). Sin embargo, por lo que a nuestro estudio interesa (esto es, la repercusión que los desplazamientos transnacionales en el marco de una prestación de servicios transnacional tienen en la familia el trabajador cuando su duración es prolongada) debemos tener presente que las ciencias jurídicas no se han quedado atrás.

Uno de los problemas más complejos que han encontrado las ciencias jurídicas a la hora de abordar el estudio de esta institución radica en la ausencia de una definición precisa y consensuada de familia. De hecho no es posible hallar una definición de este término.

Si tomamos como punto de partida de nuestro análisis a las Naciones Unidas, mayor organización de ámbito internacional, comprobaremos que no existe un concepto de familia que sea aceptado universalmente; y es que lo que prevalece por encima de todo es su rol fundamental como unidad básica de la sociedad humana⁹³². En efecto, si tenemos en cuenta que esta organización la integran 193 países⁹³³, que se caracterizan principalmente por su heterogeneidad⁹³⁴, la consecuencia lógica que se deriva de esta circunstancia, en relación con la materia que aquí nos ocupa, es la amplitud y la ausencia de límites para el concepto de familia que maneja.

Esta organización no realiza una apuesta clara por un modelo familiar determinado. Todo lo contrario. Maneja un concepto de amplitud tal que permite la inclusión de cuantas definiciones e interpretaciones del término familia seas posibles⁹³⁵. La justificación para ello es que, de otro modo, se correría el riesgo de prejuzgar alguna situación, excluyéndola del ámbito de las relaciones familiares y dejándola sin protección⁹³⁶.

Es cierto, no obstante, que en algún documento se trasluce la idea de familia nuclear - como estructura con dos padres y uno o más hijos- pero no es lo habitual⁹³⁷. Por lo

⁹³² S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 44.

⁹³³ Información disponible en la web oficial de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/about-un/index.html>

⁹³⁴ En efecto, los Estados que componen esta organización son muy dispares entre sí. Los hay democráticos, con regímenes totalitarios, desarrollados, en desarrollo, capitalistas, de economía centralizada, y un largo etcétera de configuraciones que sustentan dicha afirmación.

⁹³⁵ Véase, Observación General Núm. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

⁹³⁶ De hecho, cualquier intento emprendido por la ONU con el fin de lograr un consenso sobre la definición y la terminología aplicables a la familia o los hogares familiares se ha saldado siempre en un absoluto fracaso. Véase el punto 4 del Informe del Secretario General de las NU al ECOSOC sobre las Actividades Complementarias del Año Internacional de la Familia (E/CN.5/2001/1).

⁹³⁷ Por ejemplo el artículo 44.2 del Convenio sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, describe a la familia como dos cónyuges casados o dos personas que tengan una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzcan efectos equivalentes al matrimonio junto con sus hijos solteros menores de edad a su cargo. Ejemplo facilitado en la obra de S. Sanz Caballero, "La protección internacional de la familia y de las personas dependientes", en AA.VV. (C.R. Fernández Liesa, Coord.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, BOE, Madrid, 2007, p. 242.

general, los documentos de las Naciones Unidas, más que hablar de lo que es o no es esta institución, suelen dar por hecho que el destinatario conoce sobre qué se está hablando y se centran en resaltar su valor y en la cuestión de cómo protegerla⁹³⁸.

En suma, en este primer escalón del análisis comprobamos que no existe una definición estricta de la institución “familia”, pero sí un amplio respeto sobre su valor y las variantes que la integran⁹³⁹.

De forma similar, en el ámbito europeo, en puridad no existe una noción unívoca de familia. La normativa europea recoge, al igual que ocurre en otros textos internacionales, la protección de la familia, pero no la define. Así se evidencia, entre otras, en la Directiva 2004/38/CE 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 miembros⁹⁴⁰; en la Directiva 2003/86 CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁹⁴¹; o en los artículos 7 y 9 de la CDFUE⁹⁴².

Por lo que respecta al Derecho español, no presenta novedades. Nuestra legislación tampoco aclara qué ha de entenderse por familia. No existe precepto alguno, ni en la Constitución ni en la legislación ordinaria, que de forma precisa establezca lo que debe entenderse por familia. Sin embargo, son numerosos los artículos que tienden a su regulación. Y es que para abordar la protección de esta institución el legislador suele atender a las relaciones específicas que se desarrollan en el seno familiar. Ello explica, a su vez, que la mayoría de estudios doctrinales sobre esta materia versen sobre cuestiones tales como el matrimonio, las relaciones familiares, la educación y crianza de los niños, el divorcio, etc.

⁹³⁸ En este sentido, de nuevo, A. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., pp. 242 y 243.

⁹³⁹ Sirva de ejemplo las palabras recogidas en el Plan de acción anexo a la Declaración elaborada en la Conferencia Mundial sobre población y desarrollo, celebrada en El Cairo en septiembre de 1994: “1º) existe una gran pluralidad de formas y una gran diversidad en la estructura y en la composición de la familia según los distintos sistemas sociales, culturales, religiosos y políticos. 2º) Pero, independientemente de su forma, la familia continúa siendo la unidad básica de la sociedad y merece protección y asistencia por parte de los Estados a fin de lograr su estabilidad, bienestar y seguridad”. Texto disponible en S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., p. 247.

⁹⁴⁰ DOUE L 229/35, de 29 de junio de 2004. Su artículo 2 establece una relación de personas que se consideran miembros de la familia, pero no define a la unidad como tal.

Esta Directiva ha sido modificada por el Reglamento (UE) 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 (DOUE L 141, de 27 de mayo de 2011).

⁹⁴¹ DOUE L 251/12, de 3 de octubre de 2003. En este sentido, véase también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, de 3 de abril de 2014, Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/ce, sobre el derecho a la reagrupación familiar COM(2014) 210 final. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-210-ES-F1-1.Pdf>

⁹⁴² El artículo 7 de la CDFUE recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar; y el artículo 9 de la CDFUE, el derecho a fundar una familia.

Pero no se atiende únicamente a la regulación de aspectos relacionados con las personas que conforman tal grupo. Ello se pone de manifiesto en el mandato contenido en el artículo 9.2 de la CE:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de *los grupos en que se integra* sean reales y efectivas”

Y en el artículo 39.1 de nuestra Carta Magna, que se configura como el de mayor relevancia por situar a la familia como base de los principios rectores de la política social y económica, cubriéndola así bajo un paraguas protector amplísimo y que establece:

“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”

Estos preceptos, entre otros⁹⁴³, vienen a evidenciar la intención del legislador constituyente de buscar un equilibrio entre la efectividad de los derechos fundamentales de los individuos y la protección de este grupo específico que es la familia, sin que esto último produzca una disminución de derechos en perjuicio de los de sus componentes⁹⁴⁴.

Ahora bien, llama la atención que, a pesar de dicha protección grupal, nuestra Constitución no reconozca expresamente el derecho a vivir en familia, como sí hace por ejemplo con el derecho a contraer matrimonio en el artículo 32 (en el entendido de concebirse esta unión como la configuración por excelencia de la familia⁹⁴⁵). Por esta razón la doctrina se ha cuestionado la existencia de un derecho fundamental específico a la vida familiar en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, hay quienes sostienen que el contenido de este derecho se encuentra implícito en los términos del artículo 10 de la CE con la proclamación de la dignidad del ser humano y los derechos que le son inherentes⁹⁴⁶. Y quienes consideran, no sin controversia, que el propio artículo 32 de la CE ha de amparar el derecho a mantener las relaciones de familia que se derivan del matrimonio⁹⁴⁷. Sobre lo que no parece haber duda es que, a pesar del mandato del

⁹⁴³ Sirvan de ejemplo el artículo 35 de la CE que reconoce el derecho del trabajador a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia; o el artículo 18 de la CE garante del derecho a la intimidad familiar.

⁹⁴⁴ En este sentido, E. Roca Trías, *Familia y Constitución*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 10, 2006, pp. 208.

⁹⁴⁵ En este sentido, B. Martínez, D. Moreno y G. Musitu, “Formas familiares y procesos migratorios actuales: nuevas familias en la sociedad de la globalización”, en (M.T. Terrón, Dir.), *Familia y Diversidad: intervención socioeducativa*, Fundación SM., Universidad Pablo de Olavide y Fundación Conocimiento y Cultura, 2010, p. 3, señalan que no se ha encontrado todavía ningún país europeo en el que este tipo de familia sea inferior al 50% del total.

⁹⁴⁶ Para un análisis en profundidad, véase, L. López Guerra y otros, *Derecho Constitucional. Derecho y Deberes de los ciudadanos*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 152.

⁹⁴⁷ Véase, E. La Spina, *Familias transnacionales, Sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 54. No opina así, J.L. Martínez López-

artículo 39.1 para la protección de la familia, esta protección se entiende debilitada en tanto que nuestra norma suprema no reconoce el derecho a vivir en familia. Pero no adelantemos más, pues a su protección nos dedicaremos más adelante.

Permítaseme concluir este epígrafe con una reflexión de Díez-Picazo que, a mi entender, argumenta perfectamente la ausencia de una noción jurídica de familia: “el examen de las posibles relaciones entre los términos “*familia*” y “*Derecho*” no se presenta como un quehacer fácil. Los juristas tienen el hábito de contemplar la familia como una institución jurídica. Y en ese sentido, es familia aquello que el Derecho acota como familia y aquello que el Derecho regula. Y lo es de la manera cómo lo regula”⁹⁴⁸. Y es que como venimos indicando desde el inicio, la familia es, ante todo, una institución social.

2. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA: TIPOLOGÍA Y FUNCIONALIDAD

Es un hecho que la estructura y funciones de la familia han cambiado a lo largo de la historia y están cambiando en la actualidad. Y son muchos los factores que contribuyen a este cambio. En efecto, el sistema político, la esfera económica o los valores culturales, entre otros, inciden a la hora de determinar la estructura y las funciones del grupo familiar.

Es cierto, que estos factores y su incidencia en el ámbito de la familia han sido analizados desde una perspectiva, principalmente, sociológica⁹⁴⁹. Sin embargo, ello no significa que para estudiar la esfera familiar del trabajador que centra esta tesis y que pertenece, en consecuencia, al ámbito jurídico no debamos tenerla en cuenta. Y es que, como veremos, estos cambios han incidido y mucho en la protección que el Derecho le brinda a esta institución.

En efecto, a este trabajo interesa especialmente la protección jurídica dispensada a la estructura familiar. Pues es precisamente en este punto donde el Derecho ha ido siendo consciente de distintos acontecimientos en el grupo familiar (reducción del número de miembros, pluralidad de modelos familiares, aumento de la longevidad, etc.) y ha ido actuando en consecuencia, modulando su protección.

Cuando se habla de estructura de la familia se pretende incidir en el hecho de que la familia no deja de ser una forma de organizar los vínculos de parentesco, surja éste por lazos de consanguinidad, maritales, afectivos o de afinidad. Ahora bien, aunque la familia sea una institución universal presente en todas las sociedades históricas no

Muñiz, *La familia en la Constitución Española*, Revista española de derecho constitucional, Núm. 58, 2000, pp. 14-25.

⁹⁴⁸ L. Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 21.

⁹⁴⁹ En este sentido, O. Buenaga Ceballos, *La familia y la Seguridad Social*, cit., pp. 24-26.

significa que existan idénticas estructuras familiares en todas ellas. Pero sí que todas las sociedades organizan de una u otra manera tales vínculos. Lo que viene a refrendar la concepción de la familia como institución natural, con independencia del modo en el que se configure el vínculo que une a sus miembros.

Partiendo de dicha premisa, lo cierto es que la familia actual difiere bastante de otros modelos anteriores. Y es esto es así porque como indicábamos *supra* la familia se inserta en la sociedad y, en ese sentido, la evolución de ésta ha influido consecuentemente en la de aquélla, que ha ido modificando su estructura para adaptarse a los cambios. Lo cual viene a evidenciar, de nuevo, la esencia de supervivencia de la institución familiar.

En ese sentido, y de la mano del avance de la propia humanidad, en la evolución del grupo familiar es posible distinguir varios tipos o estructuras de familia:

a) *La familia tradicional o premoderna*⁹⁵⁰, predominante en Europa antes de la llegada de la industrialización (siglo XIX). Se trata de un tipo de familia muy estable, de carácter patriarcal⁹⁵¹ y ligada muy fuertemente a un modo de vida agrícola y artesanal. Era, además, una familia numerosa y extendida. Se tenían muchos hijos y las relaciones con las familias de los hijos y de los parientes eran muy intensas y frecuentes. Hasta el punto de constituir en ocasiones un auténtico clan familiar. La familia tradicional estaba, además, muy enraizada en el lugar de residencia y en la sociedad desde muchos puntos de vista: económico, social y cultural, etc.

Por otro lado, esta estructura familiar constituía una unidad de producción económica (agrícola o artesanal) y de consumo puesto que familia y trabajo estaban estrechamente unidos. Se trabajaba en familia, con las propiedades y en los terrenos de la familia y con los miembros de la familia.

Era la principal transmisora de los valores culturales y religiosos. Las personas se educaban sólo o principalmente en la familia y allí era también donde se transmitían los valores culturales (lengua, costumbres, etc.) de una generación a otra.

Y, como en cualquier sociedad, la familia tradicional era el lugar de la socialización primaria (es decir, la vía por la que la persona aprende y adquiere los conocimientos y capacidades básicas para entrar en relación con otras); pero también, secundaria pues, además de proporcionar los conocimientos básicos, permitía adquirir habilidades más sofisticadas imprescindibles para una integración plena en la sociedad.

⁹⁵⁰ Siguiendo la denominación dada por J.M. Burgos, *Diagnóstico sobre la familia*, Palabra, Madrid, 2004, p. 32.

⁹⁵¹ En efecto, en esta estructura familiar era la figura paterna la que poseía el poder y la autoridad en la familia de manera absoluta. El padre era, por ejemplo, el único propietario de los medios de subsistencia de la familia (terreno o taller), ya que ni la mujer ni los hijos podían disponer de ellos. Esta situación de desigualdad favorable al hombre venía propiciada por el contexto cultural de la época que privilegiaba una autoridad fuerte y única en los diferentes ámbitos de la vida: Dios, el monarca y el padre (*Ibidem*, pp. 32 y 33).

Este tipo de familia, tan fuerte y sólido fue, sin embargo, alterado por una serie de cambios productivos, sociales y culturales cuyo desarrollo dio lugar a otro modelo de familia distinto.

b) *La familia nuclear o moderna* que es fruto de los profundos cambios que trajo consigo la industrialización. Este fenómeno productivo desempeñó un papel decisivo al separar el lugar de trabajo y el de la familia. En efecto, la introducción de los modernos métodos de producción industrial en las ciudades hizo que ya no fuera posible trabajar única o fundamentalmente en el entorno familiar, diluyéndose con ello muchas de las funciones que la familia cumplía antes. En este sentido, el grupo familiar dejó de ser el centro de producción económica al ser sustituido por las grandes fábricas. No obstante, esto no significaba que la familia no desarrolle ya una función económica, pues aún no siendo el centro de producción, sigue conservando su protagonismo en cuanto a consumo y gestión del presupuesto doméstico.

Por otro lado, la familia también dejó de ser el lugar de formación profesional, puesto que padres e hijos se encontraban separados físicamente durante las jornadas laborales, lo que imposibilitaba que éstos últimos adquirieran los conocimientos técnicos como lo hacían antaño mediante la observación⁹⁵². Y, aunque esto provocó que también disminuyese su papel socializador, la familia siguió desempeñando un papel fundamental en la inserción de sus miembros en la sociedad y en el mercado de trabajo a través de la motivación y el apoyo a sus miembros y de las oportunidades de empleo comunicadas por los mismos.

Junto a la industrialización también tuvo un papel fundamental en la transformación de la familia tradicional el urbanismo moderno. Y es que el traslado del campo a la ciudad implicó para las familias un corte radical con su cultura campesina y, consiguientemente, un fuerte desarraigo social y un debilitamiento de las relaciones de parentesco, mucho más difíciles de mantener en las ciudades industriales⁹⁵³. Por este motivo, la familia vino a desempeñar una importante función de estabilización de la personalidad⁹⁵⁴ y de control sociocultural, pues, dada la mayor complejidad de la sociedad y el creciente proceso de individualización, esta institución se convirtió en el lugar de anclaje de la identidad de la persona⁹⁵⁵.

En este tipo familiar cambió parcialmente el papel de la mujer, que adquiere una mayor igualdad con el hombre, pero al mismo tiempo se produjo una división muy precisa de los roles familiares. Y en este sentido, al hombre le corresponderían los papeles sociales

⁹⁵² M. Segalén, *Antropología histórica de la familia*, Taurus, Madrid, 2000, p. 180.

⁹⁵³ Piénsese que el desplazamiento a la ciudad normalmente implicaba mayor distancia de viaje, mayor tiempo de preparación, necesidad de mejor transporte, alojamiento, etc., en definitiva, un mayor coste. Véase en este sentido, J.M. Burgos, *Diagnóstico sobre la familia*, cit., p. 40.

⁹⁵⁴ Sobre la función estabilizadora de la familia, véase, T. Parsons, R.F. Bales, *Family Socialization and Interaction Process*, Routledge, Abingdon (UK), 1998, p. 35-132.

⁹⁵⁵ J.M. Burgos, "Hacia un nuevo modelo de familia", en J.A. Gallego y J. Pérez Adán (Eds.), *Pensar la familia*, Palabra, Madrid, 2001, p. 85.

y productivos fuera del hogar mientras que a la mujer le pertenecían los aspectos afectivos y privados en el interior⁹⁵⁶.

Este tipo de familia viene integrada, generalmente, por los padres, los hijos y, quizás, algún otro familiar. Estos miembros crean un ambiente propio y privado en donde las relaciones interpersonales adquirieron mayor relevancia. En efecto, al producirse una separación de la familia respecto al lugar de trabajo y a otros parientes, ésta dejó de ser vista como la única institución social y empezó a considerarse fundamentalmente como un lugar de relaciones personales, un espacio privado colocado fuera del conjunto de la realidad social. En este sentido, la familia comenzó a compartir con la sociedad algunas de sus funciones (sirvan de ejemplo, la educación de los hijos en el colegio y el cuidado de ancianos y enfermos).

Tras esta breve descripción pudiera parecer que este tipo de familia es el que caracteriza la estructura familiar de nuestra sociedad, pero no es así. La familia nuclear existe y tiene una gran importancia, ya que desempeña numerosas funciones de las que la sociedad no puede prescindir, pero ha sufrido unas modificaciones tan intensas que plantean la existencia de un nuevo tipo de familia, e incluso, de una pluralidad de modelos⁹⁵⁷.

En efecto, la familia actual sigue poseyendo un carácter nuclear y privado en el que continúan teniendo gran importancia las relaciones interpersonales. Sin embargo, la división clara de roles, típica de la familia moderna, ha dejado prácticamente de existir. El ideal familiar ya no consiste en que la mujer se quede en casa y el hombre trabaje fuera de ella⁹⁵⁸. En la actualidad esta distribución de roles existe en un porcentaje muy reducido de familias y ello es debido, fundamentalmente, a dos factores: la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral, lo que de manera irremediable ha repercutido en el modelo nuclear; y la igualdad real entre el hombre y la mujer que ha difuminado los roles de cada uno. De hecho, hoy lo normal es que las parejas negocien, antes de iniciar la convivencia, las funciones de cada uno.

Pero no sólo el cambio de roles ha influido en el cambio desde la familia moderna a la familia actual. En efecto, los problemas demográficos propios de las sociedades desarrolladas también han influido y mucho en ella. El alargamiento de la vida media de las personas y la disminución de nacimientos generan nuevas situaciones antes impensables o muy raras, como el aumento de los ancianos solos y sin apoyo, o la

⁹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

⁹⁵⁷ Justifica J.M. Burgos, "Hacia un nuevo modelo de familia", cit., p. 85, que estos nuevos tipos de familia no pueden ser descritos aún con precisión puesto que todavía se encuentran en fase de evolución y no existe, en consecuencia, una conciencia definida de la propia personalidad. Razón por la cual considera que podría utilizarse la expresión *familia post-moderna* para hacer referencia a esa nueva tipología familiar.

Idéntica denominación le otorga S. del Campo Urbano, *La "nueva" familia española*, Eudema Universidad, Madrid, 1991, pp. 15-30.

⁹⁵⁸ J.M. Burgos, *Diagnóstico sobre la familia*, cit., p. 134.

prolongación de la situación de “nido vacío” (es decir, de un hogar en el que sólo viven los padres porque los hijos se han ido). En sentido análogo, el aumento de los divorcios y las innovaciones reproductivas han ofrecido múltiples posibilidades familiares.

Todos estos factores no sólo no se presentan de una forma aislada, sino que tienen lugar en la complejidad típica de las sociedades posmodernas, lo que dificulta enormemente la elaboración de los modelos de referencia. Y es que las variables en juego son tantas que parece producirse una llamada a la creatividad y responsabilidad para afrontar el desarrollo de los valores familiares⁹⁵⁹.

3. UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA DE FAMILIA TRANSNACIONAL

A lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones que uno de los rasgos distintivos de la sociedad globalizada es precisamente el aumento de la movilidad humana. Trasladando esta afirmación al ámbito laboral que a este estudio concierne, y tal y como indicábamos al inicio de este capítulo, no toda movilidad geográfica que experimenta un trabajador tiene algún tipo de repercusión negativa en su esfera familiar. Si a esto se añade además el que, como regla general, el análisis de esa influencia ha sido realizado desde el prisma de la movilidad para el empleo (es decir, cuando un miembro de la familia se desplaza a otro país en busca de empleo) nos encontramos con un campo de estudio poco abonado, cual es el del ámbito familiar del trabajador que es desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional por un largo periodo de tiempo.

Cuando una persona experimenta una movilidad geográfica transnacional es inevitable que su esfera privada más inmediata –la familiar- se vea afectada de un modo u otro. Este planteamiento ha servido de base para el surgimiento de nuevas estructuras familiares, entre las que se encuentra la familia transnacional, caracterizada por la vigencia de los vínculos y de las funciones propias de una familia pese a la separación transnacional de alguno de sus componentes. Es cierto que la mayoría de estudios al respecto vienen referidos bien al supuesto en el que la ausencia del miembro se debe a la búsqueda de empleo en otro país⁹⁶⁰, bien al traslado laboral de dicho miembro a un país distinto al de residencia⁹⁶¹. Sin embargo, no parece que pueda plantear inconveniente

⁹⁵⁹ J.M. Burgos, “Hacia un nuevo modelo de familia”, cit., p. 95.

⁹⁶⁰ Véanse, entre otros: E. La Spina, *Familias transnacionales, Sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, cit.; y C. Martín Fernández, *Familia y migración internacional: dinámica transnacional y transfamiliar en la cotidianidad de los países emisores*, Anuario del Centro de Estudios de Migraciones Internacionales, 2006, pp. 56-90. Disponible en:

<http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2011/11/4Familia.pdf>

⁹⁶¹ Entre otros: S. Gómez López-Egea y L. Fernández Prieto, *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, cit.; Informe de Ernst&Young, *Políticas de*

alguno el encuadrar también bajo esta nueva figura a la familia del trabajador que centra este estudio. Y es que, aunque su desplazamiento tiene siempre carácter temporal, desde el momento en el que la Directiva 96/71/CE no establece límites máximos para tal consideración⁹⁶², es posible que su duración se prolongue en el tiempo de una forma tal que pueda acarrear para su familia las mismas consecuencias que un traslado.

Precisamente este planteamiento es el que nos lleva a incluir a la familia como unidad de referencia básica a la hora de estudiar los desplazamientos transnacionales en el marco de una prestación de servicios, a fin de incorporar los múltiples vínculos e interacciones que conectan al trabajador más allá de las fronteras del Estado. Nos encontramos ante un escenario (el de las prestaciones de servicios transnacionales) definido por las relaciones entre los países de origen y de destino. Y en ese sentido, al igual que la transnacionalización de la relación laboral toma como referente el análisis de los ordenamientos jurídicos imbricados, el ámbito familiar del trabajador que experimenta esa prestación debe ser igualmente considerado, por cuanto que ese espacio de afecto y de confianza se desarrolla también en un contexto geográficamente disperso⁹⁶³.

La familia transnacional, a diferencia de otras nuevas formas de familia, no surge como elección de sus miembros, sino como adaptación a un nuevo contexto⁹⁶⁴. Sobre esta base, la familia diversifica su tipología cambiando los estilos de autoridad, el ejercicio de la maternidad y la paternidad y los patrones conyugales, entre otras muchas transformaciones; convirtiendo estas especialidades o adaptaciones en una forma normal y adecuada de desenvolverse para muchas familias. Desde esta óptica, la familia transnacional demuestra su poder de mimetismo y adaptación en el nuevo contexto de la acelerada globalización y de crecientes flujos comerciales⁹⁶⁵.

Esta forma de familia no se concibe principalmente como una unidad biológica *per se*, sino como una unidad creada por sus propios integrantes en atención a la voluntad de

expatriación en el contexto económico actual: Visión de las empresas, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2013. Disponible en:

http://www.iese.edu/en/files/Informe%20Expatriados%28para%20web%29_tcm4-38593.pdf.

⁹⁶² Téngase en cuenta que la Directiva 2014/67/UE, a pesar de contemplar una serie de indicios que permitirán a las autoridades laborales determinar la temporalidad del desplazamiento, tampoco establece un umbral máximo para su duración.

⁹⁶³ En este sentido, E. La Spina, *La familia transnacional como factor de transformaciones socioeconómicas, políticas y jurídicas*, cit., p. 4.

⁹⁶⁴ En opinión de C. Martín Fernández, la familia forja una representación de sí misma que le da cuerpo. Supone que, aun a pesar de la distancia geográfica, de que no se compartan en determinadas circunstancias espacios objetivos de convivencia e interacción, sí se compartan espacios subjetivos de pertenencia al grupo: celebraciones familiares, fechas importantes, cultos religiosos, tradiciones y costumbres. Véase, C. Martín Fernández, *Familia y migración internacional: dinámica transnacional y transfamiliar en la cotidianidad de los países emisores*, cit., p. 74.

⁹⁶⁵ C. Martín Fernández, *Familia y migración internacional: dinámica transnacional y transfamiliar en la cotidianidad de los países emisores*, VI Conferencia Iberoamericana sobre Familia, Cuba, 2005, p. 67. Disponible en: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2011/11/4Familia.pdf>

permanecer y funcionar como tal⁹⁶⁶. En efecto, estas familias se ven en la necesidad de adoptar estrategias para satisfacer las necesidades del propio grupo familiar y de sus miembros, con independencia del espacio geográfico. Así, ha de trabajar sus lazos familiares a través de múltiples vías (normalmente, tecnológicas) con el fin de reducir los efectos negativos que implica la distancia. En este sentido, la familia transnacional no se sustenta sobre la base de una interacción cotidiana reducida al espacio territorial nacional, sino que construye su identidad a partir del deseo de permanecer unidos. Por ello, esta familia fomenta de un modo deliberado sus vínculos afectivos, emocionales y económicos.

En la estructura de la denominada familia transnacional conviven diversos elementos o factores -económicos, afectivos y jurídicos, entre otros- que evidencian la implicación que el desplazamiento prolongado del trabajador en el marco de una prestación de servicios transnacional tiene en su familia. A continuación analizaremos de manera muy breve cada uno de esos elementos con los que, de algún modo, el ámbito familiar se ve afectado cuando se produce este tipo de desplazamiento laboral de alguno de sus miembros.

a) El ámbito económico de la familia

Con frecuencia el elemento económico suele ser la principal causa de aparición de este tipo de familia. O dicho de otro modo, la motivación económica generalmente inicia los procesos de desplazamiento laboral. Es cierto que la idea suele partir del empresario que desplaza, sin embargo, es el trabajador, al fin y al cabo, quien verdaderamente decide llevarla o no a cabo. Y en esa toma de decisión el factor económico juega un papel determinante en la mayoría de las ocasiones.

Desde esa perspectiva, la familia transnacional se configura como parte de la estrategia económica de supervivencia familiar, obedeciendo el desplazamiento a una decisión colectiva orientada a la búsqueda de un mayor bienestar para la unidad familiar en su conjunto⁹⁶⁷. Sin embargo, aún cuando para la gran mayoría el desplazamiento es entendido como una decisión de carácter familiar, resultado de un pacto colectivo previo, algunos autores no lo perciben así. Para cierto sector de la doctrina, si bien el desplazamiento es susceptible de beneficiar a la familia a largo plazo, las motivaciones personales prevalecen en la decisión, aun cuando éstas se expresen de manera encubierta e incluso no lleguen a manifestarse⁹⁶⁸. En este sentido, y de acuerdo con Hardill, la realización del desplazamiento puede obedecer igualmente a razones personales que con

⁹⁶⁶ En este sentido análogo, E. La Spina, *La familia transnacional como factor de transformaciones socioeconómicas, políticas y jurídicas*, cit., p. 11; y C. Martín Fernández, *Familia y migración internacional: dinámica transnacional y transfamiliar en la cotidianidad de los países emisores*, cit., pp. 64 y 67.

⁹⁶⁷ M. C. Medina Villegas, *Los ausentes están siempre presentes: una aproximación interpretativa de la experiencia materno-filial transnacional entre España y Colombia*, Universidad Complutense, Madrid, 2011, p. 258.

⁹⁶⁸ I. Hardill, *Gender, migration and the dual career household. International Studies of Women and Place*, Routledge, Londres, 2012, pp. 20-36.

carácter general suelen estar relacionadas con el incremento del capital y el avance en la carrera profesional del trabajador.

La consideración del ámbito familiar del trabajador desplazado permite superar la rígida división que tradicionalmente ha separado el aspecto económico del social. Y es que en esta materia, mientras que la motivación económica inicia el proceso de movilidad, la familia representa su dimensión social.

b) El ámbito afectivo y doméstico familiar

El desplazamiento transnacional implica la separación física del núcleo familiar, o lo que es lo mismo, la fragmentación familiar, aunque sea de manera temporal. En estos supuestos son indiscutibles los costes afectivos, tales como la separación de los cónyuges, el impacto emocional de los hijos que permanecen en el lugar de origen o de los padres que viven la etapa de la vejez sin la presencia, más o menos prolongada en el tiempo, de sus descendientes⁹⁶⁹. Pero no sólo la familia, como grupo, experimenta la merma afectiva que conlleva el desplazamiento prolongado en el tiempo de uno de sus miembros. El propio desplazado también ve alterado su equilibrio afectivo, pues debido al desplazamiento, su familia no puede darle el apoyo que éste requiere⁹⁷⁰. No obstante, a pesar de la distancia, las familias persisten como institución, adaptándose a la nueva realidad y buscando nuevas formas de mantener y fortalecer los vínculos familiares en esa nueva estructura transnacional⁹⁷¹.

Resulta innegable que el desarrollo tecnológico, así como el abaratamiento de los medios de comunicación contribuyen de manera significativa a paliar los efectos negativos de estos desplazamientos, puesto que posibilitan la comunicación inmediata entre el trabajador y su familia⁹⁷². De hecho, como ponen de manifiesto Martínez, Moreno y Musitu, el concepto de familia transnacional no se puede entender sin aludir al desarrollo de las nuevas tecnologías y con ello a las crecientes posibilidades de interacción para quienes disponen de ellas (e-mail, chat, videoconferencias, llamadas a

⁹⁶⁹ S. Parella y L. Cavalcanti, “Aproximación a los hogares transnacionales desde la perspectiva de los familiares que permanecen en el país de origen”, en (Carlota Solé, Dir.), *Los vínculos económicos y familiares transnacionales. Los inmigrantes ecuatorianos y peruanos en España*, Fundación BBVA, 2007, p. 64.

⁹⁷⁰ Ya vimos la función de apoyo que desarrolla la familia del trabajador desplazado, por ello me remito en este punto al epígrafe 2.2 de la parte III de I Capítulo III del presente trabajo.

⁹⁷¹ En opinión de C. Martín Fernández, *Familia y migración internacional: dinámica transnacional y transfamiliar en la cotidianidad de los países emisores*, cit., p. 74, la familia forja una representación de sí misma que le da cuerpo. Supone que, aun a pesar de la distancia geográfica, de que no se compartan en determinadas circunstancias espacios objetivos de convivencia e interacción, sí se comparten espacios subjetivos de pertenencia al grupo: celebraciones familiares, fechas importantes, cultos religiosos, tradiciones y costumbres.

⁹⁷² En este sentido, S. Vertovec, *Migration and other Modes of Transnationalism: Towards Conceptual Cross-Fertilization*, *International Migration Review*, Vol. 37, Issue 3, septiembre-2003, pp. 647, señala que los avances tecnológicos permiten a sus miembros, ubicados en países diferentes, actuar habitualmente como familia, por cuanto pueden tomar decisiones y discutir tareas que atañen a sus vidas cotidianas.

través de internet, etc)⁹⁷³. Sin embargo, el paliativo que ofrece la tecnología no significa que la distancia llegue a no tener repercusión en el plano afectivo y emocional, pues la confianza y el aprendizaje familiar nacen de la convivencia cotidiana⁹⁷⁴.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que donde mayor impacto produce el desplazamiento es fundamentalmente sobre la organización familiar en el ámbito de su vida cotidiana, es decir, en el ámbito doméstico de la familia. En efecto, la salida de un miembro de la familia se concibe como un cambio estructural interno que obliga a una redefinición de roles con el fin de cubrir las necesidades afectivas y las actividades llevadas a cabo por dicho sujeto hasta ese momento. En relación a las primeras, aunque el traslado supone distancia física, no implica necesariamente una salida o ausencia real, máxime teniendo presente la sociedad tecnológica en la que vivimos, como acabamos de apuntar. Sin embargo, por lo que respecta a las actividades físicas desarrolladas hasta entonces por el miembro que se desplaza, necesariamente, han de ser cubiertas por otra persona. Es decir, la familia que permanece en el país de origen ha de reestructurar su vida cotidiana para adaptarse a las nuevas circunstancias derivadas del desplazamiento transnacional de uno de sus miembros⁹⁷⁵.

c) El ámbito jurídico

Una prestación de servicios transnacional, por los vínculos que el trabajador desplazado mantiene con la sociedad de destino y de origen, pone en marcha un proceso de intercambios que se evidencia de manera particular en las relaciones individuales de Derecho de Familia⁹⁷⁶.

Normalmente, ni desde las propias legislaciones ni desde las distintas instituciones estatales se suele tomar en consideración el ámbito familiar de estos trabajadores desplazados, a excepción de los trabajadores cuya nacionalidad sea la de un Estado no perteneciente a la UE ni al EEE que sí cuentan con una regulación específica en materia de familia y de los que nos ocuparemos más adelante⁹⁷⁷. Pero es que, además, cada Estado contempla un tipo de familia propio, por lo que para determinar qué familia sirve de base para la protección jurídica es preciso conocer el concepto cultural y jurídico de familia presente en cada lugar⁹⁷⁸. En efecto, las características especiales de las

⁹⁷³ B. Martínez, D. Moreno y G. Musitu, “Formas familiares y procesos migratorios actuales: nuevas familias en la sociedad de la globalización”, cit., p. 12.

⁹⁷⁴ S. Parella y L. Cavalcanti, “Aproximación a los hogares transnacionales desde la perspectiva de los familiares que permanecen en el país de origen”, cit., p. 65.

⁹⁷⁵ S. Parella, *Los vínculos afectivos y de cuidado en las familias transnacionales migrantes ecuatorianos y peruanos en España*, Revista Migraciones Internacionales, Vol. 4, Núm. 2, 2007, pp. 151-188, realiza un estudio muy completo sobre el ámbito afectivo y doméstico de la familia transnacional.

⁹⁷⁶ En este sentido, si bien referido al desplazamiento transfronterizo de personas en general, M. A. Asín Cabrera, *Reagrupación familiar y modelos de familia en la Unión Europea*, en *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y Derecho*, cit., pp. 154.

⁹⁷⁷ Véase *infra* epígrafe 5 del presente Capítulo IV.

⁹⁷⁸ M.A. Asín Cabrera, *Reagrupación familiar y modelos de familia en la Unión Europea*, en *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y Derecho*, cit., pp. 156.

diferentes sociedades, sus sistemas económicos y sus culturas deciden qué tipo de forma adopta la familia en cada caso. Por lo que tales concepciones se transforman en la medida en que cambia la estructura social, la organización económica y el sistema de poder político de la sociedad.

Estas circunstancias vienen a justificar la conveniencia de adecuar los sistemas jurídicos a las exigencias de la nueva sociedad global, de manera que se contemplen nuevas perspectivas desde las que resolver los problemas que puedan suscitarse en esta materia.

4. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA FAMILIA

Podría decirse que la vida familiar está presente como derecho humano desde el momento en que la cultura de los derechos comienza a calar en la mentalidad del ciudadano y de los Estados. La importancia que reviste su respeto y protección de cara a la buena marcha de la sociedad en general y a la coexistencia pacífica de los individuos, lleva a la promoción de políticas familiares que intentan preservar la unidad familiar, invadiendo su ámbito privado lo menos posible pero, al mismo tiempo, procurando su protección más activa⁹⁷⁹.

Las políticas de familia siguen siendo un campo de competencia fundamentalmente estatal. Sin embargo, es en las esferas internacionales donde de modo más profundo y permanente se canalizan esfuerzos para promover la estabilidad del núcleo familiar y garantizar su desarrollo armonioso, buscando con ello eliminar o, al menos, suavizar las distorsiones existentes entre las legislaciones nacionales.

Son varias las organizaciones internacionales que han actuado y lo siguen haciendo en materia de familia, bien como complemento a las políticas nacionales, bien obligando a las autoridades nacionales, en tanto que integrantes de la organización en cuestión, a actuar de una determinada manera, consiguiendo con ello una mayor homogeneización en la materia. Sin embargo, antes de adentrarnos en su estudio debemos tener en cuenta que no sólo los tratados, que, en materia de familia, hayan podido celebrar estas organizaciones son relevantes. Junto a ellos también deben ser tomados en consideración las normas de *soft law* (resoluciones, recomendaciones, dictámenes y comentarios), que a menudo suponen un primer paso en la formación de una norma consuetudinaria internacional y constituyen la base sobre la que posteriormente se puede concluir un tratado internacional. En base a este planteamiento, y siguiendo las indicaciones de nuestro Tribunal Constitucional, en este estudio vamos a incluir, además, aquellos

⁹⁷⁹ S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., p. 240.

informes y opiniones vertidos por los órganos de aplicación de los convenios en los que se produzcan alusiones a la familia⁹⁸⁰.

A lo largo de los siguientes apartados analizaremos la protección dispensada a la familia tanto en el ámbito universal como, especialmente, en el regional europeo.

4.1 ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN EL PLANO UNIVERSAL

Desde una perspectiva histórica, el primer documento donde la familia, en cuanto que bien social, aparece como merecedora de protección es la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁸¹, en adelante DUDH:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16.3)

Antes de continuar considero conveniente aclarar que el haber tomado como punto de partida del análisis a esta Declaración obedece a dos razones fundamentales. En primer lugar, porque es el único instrumento internacional mencionado expresamente en el artículo 10.2 de la CE, conforme al cual se han de interpretar las normas relativas a derechos fundamentales. Y en segundo lugar, porque las menciones que en esa resolución se hacen a la familia expresaron ya en el año 1948 la esencia de los derechos que ésta posee y que servirían de modelo y referente a la hora de adoptar otros actos en la materia.

En efecto, a lo largo de la Declaración se recogen varios artículos que extractan los aspectos que resultan clave en la protección de la familia. Así, el artículo 12 sobre la vida privada y familiar; el artículo 16 sobre el derecho a contraer matrimonio, el derecho a fundar una familia y la igualdad de derechos de los cónyuges (cuyo párrafo tercero elogia además el valor de la familia en la sociedad); el artículo 23 sobre el derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a él y a su familia una vida digna; el artículo 25 sobre el derecho a un nivel de vida adecuado para toda persona y su familia que les asegure su salud, bienestar, alimento, vivienda, vestido, servicios sociales y derechos encaso de desempleo, vejez o viudedad, así como en su tercer párrafo, la protección de la maternidad y la infancia; y el artículo 26.3 sobre el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que quieren dar a sus hijos.

⁹⁸⁰ El TC ha declarado que hay que tener en cuenta tanto los convenios ratificados por España como los dictámenes y las aportaciones doctrinales que sobre el contenido de los mismos pueda producir su órgano de aplicación. La opinión de éste último constituirá la interpretación auténtica de ese texto jurídico. Véanse, entre otras y citando las más recientes: los votos particulares de las SSTC de 4 de noviembre de 2013, asunto 188/2013 (BOE núm.290, de 4 de diciembre de 2013); y de 29 de septiembre de 2011, asunto 150/2011, (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011).

⁹⁸¹ Resolución de la Asamblea General 217ª (III), de 10 de diciembre de 1948.

Este elenco de derechos recogidos en la DUDH no contó, sin embargo, con un sistema de garantías apropiado, puesto que, en sí misma, la Declaración no constituye un tratado internacional. De ahí que fuera necesario desarrollar su contenido en instrumentos posteriores que sí gozan de tal posibilidad. Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁸², cuyo artículo 23 reconoce -como la declaración- el carácter natural y fundamental de la familia, así como su derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado; o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁸³, que incluye, además, en su artículo 24 la necesidad de conceder a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

También el Convenio sobre los derechos del niño⁹⁸⁴, en su preámbulo vuelve a hablar de la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros y, en particular, de los niños, por lo que debe “recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Este instrumento resulta interesante, además, porque es el primero que, tras reconocer el derecho del niño a no separarse de sus padres (artículo 9), contempla el derecho de reunificación familiar.

Por último, mencionar el controvertido Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias⁹⁸⁵ que, aún siendo el instrumento más completo en relación a esta materia, su eficacia es cuestionable al haber sido ratificado sólo por Estados que originan emigración y no por los que la reciben⁹⁸⁶. Este texto considera familiares a “las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por

⁹⁸² Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 28 de septiembre de 1976 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

⁹⁸³ Hecho en Nueva York en la misma fecha que el anterior y ratificado de igual forma por España.

⁹⁸⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990).

⁹⁸⁵ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

España no ha firmado ni ratificado este texto a pesar de ser un país de fuertes movimientos migratorios -tanto de origen como de acogida-. Un interesante artículo al respecto: A. Álvarez Rodríguez, *Al fin ya se ha hecho realidad la obligatoriedad de la convención de las naciones unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Documento de trabajo, Universidad de León, 2003. Disponible en:

<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2257/Aurelia.pdf?sequence=1>

⁹⁸⁶ A fecha de 5 de septiembre de 2015 han ratificado el convenio 38 países y 48 lo han firmado, pero no ratificado. Información disponible en:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate” (artículo 4).

Pero no son éstas las únicas actuaciones que las Naciones Unidas han llevado a cabo en materia de familia⁹⁸⁷. Ahora bien, de todas las iniciativas adoptadas en el seno de la ONU con miras a crear tanto en los gobiernos como en el público en general una mayor conciencia sobre el valor de la familia y a promover actividades en apoyo de la institución familiar destaca la proclamación por la Asamblea General del año 1994 como año internacional de la familia⁹⁸⁸. Esta celebración dio lugar a logros importantes como una mayor concienciación de las funciones de la familia y el reconocimiento de que sus problemas esenciales se repiten en todas las regiones del mundo pese a la diversidad de las familias⁹⁸⁹.

A pesar de los logros alcanzados, al finalizar el año internacional de la familia quedaron importantes cuestiones por resolver. Esto llevó a las Naciones Unidas a plantear el desarrollo y seguimiento de éstas y a que, con la vista puesta en la celebración del décimo aniversario del año internacional de la familia (en 2004) se siguieran organizando cumbres, reuniones y conferencias sobre cuestiones relacionadas con la familia y con su función de cohesión social como parte de un enfoque integrado y global de desarrollo⁹⁹⁰.

A aquella planificación se añadiría, tras la celebración del X Aniversario, no sólo el acuerdo de la Asamblea la Asamblea General de celebrar cada diez años la conmemoración del Año internacional de la familia⁹⁹¹, sino también una serie de objetivos puestos de manifiesto en los trabajos de preparación del vigésimo aniversario, entre los que destacaron: el logro del equilibrio entre el trabajo y la familia⁹⁹²; y la

⁹⁸⁷ Sobre otras actividades véase el extenso trabajo de S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., pp. 242-258.

⁹⁸⁸ Resolución 44/82, de 8 de diciembre de 1989. Disponible en:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/82&Lang=S>

⁹⁸⁹ Para conocer en detalle las actuaciones llevadas a cabo por la ONU en materia de familia, véase: S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., pp. 245 y 246.

⁹⁹⁰ Véanse las resoluciones 50/142, de 21 de diciembre de 1995; 52/81, de 12 de diciembre de 1997; 54/124, de 17 de diciembre de 1999, 56/113, de 19 de diciembre de 2001; 57/164, de 18 de diciembre de 2002; y 58/15, de 3 de diciembre de 2003, relativas a los preparativos y la celebración del X Aniversario del Año Internacional de la Familia. Disponibles en: <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/69>

Estos documentos se enumeran en la Resolución 69/144, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014, sobre el XX Aniversario del Año Internacional de la Familia, cit.

⁹⁹¹ Resolución 59/111, de 6 de diciembre 2004. Véase al respecto, I. Socías, *El XX Aniversario del Año Internacional de Familia (2014): El papel de la sociedad civil ante los retos que afronta hoy la familia*, The Family Watch-Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, Mayo-2014. Disponible en: http://www.siposo.com/IMG/pdf/fam_docs_jornada_ignaciosociassiposo.pdf

⁹⁹² Véase Informe A/66/62 del Secretario General, 29 de noviembre 2010, “Seguimiento del décimo aniversario del Año Internacional de la Familia y necesidades futuras”, citado en el trabajo de I. Socías, *El XX Aniversario del Año Internacional de Familia (2014): El papel de la sociedad civil ante los retos que afronta hoy la familia*, cit., p. 1.

creación por parte de los Estados miembros de la organización de “un entorno propicio para fortalecer y apoyar a todas las familias, reconociendo que la igualdad entre mujeres y hombres y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los miembros de la familia son esenciales para el bienestar familiar y para la sociedad en general, haciendo notar la importancia de conciliar el trabajo con la vida familiar y reconociendo el principio de la responsabilidad parental compartida en la educación y el desarrollo de los niños”⁹⁹³.

Con la llegada del 2014, desde Naciones Unidas se aprovechó la conmemoración para recordar a la sociedad en general y a los responsables políticos en particular, la importancia de la familia como soporte de la sociedad y la necesidad de fortalecer la institución familiar⁹⁹⁴; y para establecer, como uno de los objetivos del programa de Familia en Naciones Unidas, la integración de una perspectiva familiar en la elaboración de políticas a nivel nacional, regional e internacional⁹⁹⁵.

No será hasta la publicación del informe del Secretario General de Naciones Unidas cuando podremos conocer los avances realizados y los logros alcanzados en materia de familia.

4.2 EL ÁMBITO REGIONAL EUROPEO

Al hablar de la protección de la familia no podemos olvidar que, junto a la visión universal que aporta la ONU, también está la labor realizada por instituciones internacionales de ámbito regional. Por razones de proximidad geográfica, nos centraremos en el trabajo del Consejo de Europa y la Unión Europea, descartando el de otras instituciones que, en otros continentes, también promueven valores y políticas relacionados con la familia⁹⁹⁶.

En este informe se puso de manifiesto que, debido a la importancia de la familia en el desarrollo social, ésta merecía ocupar un lugar destacado en el programa de la Comisión de Desarrollo Social, especialmente en relación al logro de los tres objetivos que constituyen los pilares de la Conferencia de Copenhague: la reducción de la pobreza, el pleno empleo y el trabajo decente y la integración social.

Dicha Conferencia Mundial sobre el desarrollo social fue celebrada en Copenhague del 6 al 12 de marzo de 1995, y en ella se aprobaron la Declaración y el Programa de acción de Copenhague sobre desarrollo social. Disponibles en: <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9sp.htm>

⁹⁹³ Resolución A/67/142 aprobada por la Asamblea General el 21 de febrero 2013, “Preparativos y celebración del 20º aniversario del Año Internacional de la Familia”, punto 8. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/142>

⁹⁹⁴ Resolución 69/144, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014, sobre el XX Aniversario del Año Internacional de la Familia, cit.

⁹⁹⁵ Tal y como se recoge en: <http://undesadspd.org/Family.aspx>

⁹⁹⁶ Tal es el caso de la Organización de Estados Americanos que en abril de 1948 en Bogotá (Colombia), en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, primer documento internacional de derechos humanos de carácter general y que constituye el paralelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. De igual modo que sucedió con aquélla, se hicieron necesarios pactos posteriores que vincularan a los Estados. El primero de esos pactos fue la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en 1969 en San José de Costa

4.2.1 El Consejo de Europa

Como señala Sanz caballero, la labor realizada en el seno del Consejo de Europa a favor de la familia ha sido muy avanzada, habiéndose establecido todo un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales, en general, y de los de la familia, en particular, sin parangón en ninguna otra organización internacional, sea universal o regional⁹⁹⁷. Y es que, siendo conscientes de que en la mayoría de ocasiones, el titular de los derechos contemplados en los actos y tratados es la persona individual, los órganos del Consejo de Europa, han promovido en su seno tanto actos y tratados cuyo titular es la persona, como otros que sitúan en el centro de su atención a la familia como titular de derechos.

Ahora bien, las resoluciones y decisiones adoptadas en materia de familia por el Consejo de Europa no son documentos que obliguen a los Estados -como ocurre con los convenios que suscriban-, sino más bien meras guías de actuación para los mismos. Y es que en esta organización existen dos tipos de órganos que abordan la protección de los derechos fundamentales: los que no tienen competencia exclusiva en esta materia, sino que tratan por igual temas de derechos humanos o sobre cualquier otra cuestión que sea competencia de la organización (Comité de Ministros, Asamblea Parlamentaria y Secretaría General⁹⁹⁸); y aquellos otros órganos que únicamente tienen competencia en materia de derechos fundamentales. Generalmente son órganos extra-estatutarios, es decir, ni los crea el Tratado constitutivo de la organización ni tampoco un órgano de la misma. Son creados por los convenios auspiciados en el seno del propio Consejo de Europa. A modo de ejemplo, el CEDH de 1950 creó la Comisión Europea de Derechos Humanos -hoy desaparecida- y el TEDH⁹⁹⁹.

Sin embargo, a pesar de que las resoluciones adoptadas sobre todo en el ámbito del Comité de Ministros y en el de la Asamblea Parlamentaria no obliguen a los Estados, puede ocurrir que tales recomendaciones se conviertan en la base de futuros convenios. En efecto, es posible que, en un primer momento, los órganos del Consejo aprueben el documento en calidad de recomendación no obligatoria, pero posteriormente los Estados

Rica (motivo por el que también se conoce como Pacto de San José) y que establecía el Sistema interamericano de derechos humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. El segundo pacto lo constituyó el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 17 de noviembre de 1988 y que entró en vigor el 19 de noviembre de 1999. Todos estos Textos conciben la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegido por el Estado (artículo 15 Protocolo de San Salvador; artículo 17 Convención de San José). Información disponible en la web de la Organización de los Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/>

⁹⁹⁷ S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., p. 241.

⁹⁹⁸ Así como otros órganos creados por los anteriores como la Comisión europea para la democracia a través del Derecho, la Comisión de Cuestiones Sociales, de la Salud y la Familia y el Comité de Expertos en Derecho de Familia.

⁹⁹⁹ Otro ejemplo es el de la CSE de 1961 que estableció la creación de un Comité de Expertos.

interioricen los contenidos de la misma y cuando se consideren preparados para obligarse por ella, tomen su texto como base de discusión de un futuro tratado internacional sobre la materia. De este modo, lo que indirectamente no vinculaba a los Estados se acaba transformando con el tiempo en un auténtico compromiso jurídico obligatorio¹⁰⁰⁰.

Uno de los capítulos más importantes dentro de la labor acometida en el seno del Consejo de Europa en relación con la protección de la institución familiar lo ha protagonizado sin duda el TEDH, a través de una metódica y evolutiva jurisprudencia. Este tribunal ha ido desgranando e interpretando los derechos que mencionan el CEDH y sus protocolos, tanto los relativos a la familia como los que, aun no teniendo relación directa con ella, le han afectado de algún modo. En este sentido, el TEDH, a través de los asuntos que le han sido sometidos, ha elaborado toda una teoría de los derechos fundamentales, en general, y sobre la protección de la familia, en particular, centrada fundamentalmente en el valor del grupo familiar. Se trata de una jurisprudencia que además de reflejar la cambiante identidad que esta institución está viviendo en su seno, da cuenta de la imposibilidad de asegurar el contenido que tendrá en el futuro el derecho a la vida familiar a la luz de los vertiginosos cambios éticos y sociales que se están produciendo en la sociedad¹⁰⁰¹.

4.2.2 La familia en la jurisprudencia del TEDH

La primera cuestión que se nos plantea es conocer qué significado otorga el TEDH al término “familia”. Y es que el CEDH la protege en su artículo 8 , pero no la define:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, 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 las libertades de los demás.”

Pues bien, el TEDH no ha facilitado nunca una definición teórica de lo que significa la familia, aunque sí ha proporcionado datos sobre qué cabe incluir bajo esta idea y qué

¹⁰⁰⁰ En este sentido, S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., p. 260.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 261.

no¹⁰⁰². Y son justamente esos datos los que reflejan los cambios que ha venido experimentando la sociedad europea.

La principal consecuencia derivada de la indeterminación del CEDH ha sido precisamente que el órgano de control del convenio haya podido aplicar su protección a un elevado número de situaciones, demostrando con ello la “plasticidad” de ese instrumento jurídico¹⁰⁰³. Así, el TEDH ha considerado que:

a) existe familia entre una madre soltera y su hijo natural desde el momento del nacimiento

Así lo puso de manifiesto el tribunal en el asunto *Marckx / Bélgica*¹⁰⁰⁴, cuya resolución final obligó a Bélgica a reformar su legislación civil en relación a los hijos naturales. En este asunto, una madre denunciaba al Estado belga en el que nació porque este Estado exigía a toda madre soltera realizar un acto de reconocimiento del menor ante las autoridades. Sin embargo, dicho acto creaba un vínculo, exclusivamente, entre la madre y el hijo, pero no con la familia materna; lo que podía afectar al derecho del nieto a recibir bienes en testamento o donaciones. Para que el vínculo se crease con toda la familia materna, la ley belga exigía que la madre adoptara a su propio hijo. En este sentido, se producía una clara discriminación en razón del nacimiento, por lo que el TEDH no dudó en declarar que la familia entre una madre y un hijo se crea *ipso iure* desde el nacimiento del niño sin necesidad de ningún otro requisito adicional (reconociendo con ello los derechos de las familias monoparentales). Motivo por el que condenó a Bélgica por violación de los artículos 8 (respeto a la vida familiar) y 14 (no discriminación) del CEDH.

En cambio, la mera paternidad biológica no implica *ipso iure* la existencia de una familia si no existen pruebas adicionales de vida familiar. Así lo puso de manifiesto el TEDH en el asunto *Haas/Holanda*¹⁰⁰⁵, en el que un joven reclamaba el acceso a la herencia de su supuesto padre biológico (que acababa de fallecer dejando una fortuna importante) y el reconocimiento de un vínculo familiar con el mismo (con el que nunca convivió y quien nunca le reconoció como hijo). El tribunal declaró que la mera paternidad biológica, si no va unida a otro tipo de indicios de la vida familiar, no supone la creación o formación de una familia entre padre e hijo. Resulta curioso que el propio tribunal expresase que se había errado en el motivo de la reclamación (la aplicación del artículo 8 del CEDH), pues el reclamante debería haber solicitado a las instancias internas autorización judicial para la realización de un examen de ADN, de manera que

¹⁰⁰² Sobre la adaptación de la jurisprudencia relativa al artículo 8 del CEDH a la realidad social de cada momento, véase, J. Liddy, *Article 8: the pace of change*, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 5, Núm. 3, 2000, pp. 397-416.

¹⁰⁰³ Una vez más, S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., p. 262.

¹⁰⁰⁴ STEDH de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx / Bélgica* (6833/74); y más recientemente, STEDH de 31 de enero de 2006, asunto *Rodríguez da Silva/Holanda* (50435/99).

¹⁰⁰⁵ STEDH de 13 de enero de 2004, asunto *Haas/Paises Bajos* (36983/97).

si del mismo se apreciase la filiación biológica, éste tendría acceso a la herencia de su padre con independencia de que formaran una familia o no con el fallecido durante su vida¹⁰⁰⁶.

b) la familia puede incluir a los abuelos (familia intergeneracional)

Para el TEDH, la familia también puede estar constituida por los abuelos y su nieto, tal y como puso de manifiesto en el asunto *Bronda*¹⁰⁰⁷. En este caso, se abordó el interés de una menor que vivía en un ambiente familiar conflictivo con su madre (enferma mental), el agresivo acompañante de ésta y los abuelos maternos. Debido a estas circunstancias, la niña fue apartada de su familia natural y dada en adopción por las autoridades competentes. Los abuelos de la niña reclamaron la vuelta de su nieta al hogar y ante la negativa de las autoridades (a lo que se añadía que la niña prefería el ambiente emocionalmente estable de su nuevo hogar) demandaron al Estado italiano ante el TEDH, una vez agotados sin éxito los recursos internos. El tribunal en este caso, consideró que la medida estaba prevista por la ley y que perseguía un fin legítimo en interés de la menor. Pero lo relevante aquí es que admitió la demanda de los abuelos maternos a los que reconoció la condición de víctimas, reconociendo con ello que la familia también estaba formada por los abuelos¹⁰⁰⁸, ya que una de las dudas era si estos podían ser considerados como víctimas a efectos de poder entablar una demanda.

No obstante, no puede inferirse de lo anterior que los abuelos siempre formen parte del núcleo familiar. Habrá de estarse a las circunstancias de cada caso para determinar si existe o no vida familiar con ellos en función del grado de relación y dependencia entre los ancianos y sus descendientes. Lo que queda patente en el asunto *Slivenko*¹⁰⁰⁹, en donde, sobre la base de una orden de expulsión de Letonia, se argumenta la rotura de los lazos familiares con los abuelos. Los hechos son los siguientes: tras la independencia de Letonia en 1992, este país firmó con Rusia un tratado por el que las tropas rusas que permanecían en dicho territorio serían retiradas. En aplicación de esta medida, un oficial ruso, su mujer y su hija (ambas nacidas en Letonia) son obligados a volver a Rusia. Hasta la firma, madre e hija eran nacionales de la ex URSS, pero entonces el nuevo país les negó la nacionalidad letona. Ante esta circunstancia, ambas alegaron ante el TEDH que su expulsión del país rompería los lazos familiares que les unen la una a sus padres y la otra a sus abuelos. Sin embargo, el tribunal consideró que los abuelos no pertenecían al núcleo familiar, puesto que no había quedado suficientemente demostrado unos vínculos estrechos con ellos ni una dependencia económica mutua¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ Véase el apartado 43 de la sentencia.

¹⁰⁰⁷ STEDH de 9 de junio de 1998, asunto *Bronda / Italia* (22430/93). Véase también STEDH de 26 de febrero de 2002, asunto *Kutzner / Alemania* (46544/99).

¹⁰⁰⁸ S. Sanz Caballero, “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, cit., p. 264, señala la sintonía de todos los órganos del Consejo de Europa, incluido el TEDH, en este sentido, al realzar la figura de los abuelos dentro de la familia y evitando su exclusión en el seno de la misma.

¹⁰⁰⁹ STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko/Letonia* (48421/99).

¹⁰¹⁰ Véase el apartado 97 de la sentencia.

c) existe familia entre unos padres y su hijo matrimonial desde el mismo momento del nacimiento, independientemente de que los progenitores convivan con el niño (familia basada en el matrimonio y la cohabitación)

Así fue puesto de manifiesto en el asunto Gül¹⁰¹¹, en el que un ciudadano Turco viaja a Suiza por motivos laborales dejando a su familia en su patria. Un tiempo después, su mujer fue acogida en Suiza por motivos humanitarios, en concreto porque era epiléptica y había sufrido un accidente doméstico que le causó graves quemaduras que difícilmente podían ser tratadas en Turquía. El matrimonio quiere conseguir la reagrupación familiar de sus dos hijos. Uno de ellos lo consigue también por motivos humanitarios al ser deficiente mental. Sin embargo, en el caso del otro, un menor de 7 años, la reagrupación era rechazada por Suiza, sobre la base de que nada impedía a sus padres reanudar su vida familiar en Turquía una vez que curada la madre y eximido el padre de la obligación de trabajar tras quedar inválido en un accidente laboral. Además, el gobierno suizo alegaba que, en cualquier caso, dado los años que el señor Gül había estado en suelo suizo ya no existía un vínculo familiar con el hijo que quedó en Turquía y que había sido criado por unos tíos desde la marcha de su madre. Y, aunque finalmente el tribunal consideró que Suiza no tenía porque aceptar la reagrupación de toda la familia, manifestó su rechazo a la interpretación suiza del término familia argumentando que los padres y el menor de edad constituyen una familia *ipso iure* desde el momento del nacimiento del niño, con independencia de que vivan separados.

d) puede existir familia en el caso de padres no casados, incluso si no hay cohabitación entre los progenitores, si se dan otros factores que demuestren el compromiso mutuo (familias no basadas en el matrimonio y la cohabitación)

El TEDH se ha tenido que ocupar en varias ocasiones de la vida familiar sin existencia de matrimonio y ha llegado a la conclusión de que puede existir familia en el caso de padres no casados, incluso si no hay cohabitación entre los progenitores, pero siempre y cuando se den unos factores que demuestren el compromiso mutuo, aunque la relación haya acabado.

El primer pronunciamiento tuvo lugar en el asunto *Keegan*¹⁰¹². En él se abordó la decisión de una madre soltera de dar en adopción a su hijo recién nacido sin informar de ello al padre, con el que había convivido unos años, con quien de manera consciente y voluntaria había decidido tener el niño y con el que incluso empezó a preparar la boda hasta la ruptura de la relación. El gobierno irlandés defendía la posición de la madre soltera alegando que no había existido vínculo familiar entre el padre y el hijo, a lo que se añadía el hecho de que la legislación irlandesa no reconocía ningún derecho al padre biológico a menos que fuera designado legalmente tutor, algo que éste desconocía por

¹⁰¹¹ STEDH de 19 de febrero de 1996, *Gül / Suiza* (23218/94).

¹⁰¹² STEDH de 26 de mayo de 1994, asunto *Keegan / Irlanda* 16969/90). También sobre los derechos de un padre biológico, interesado en ejercer de padre cuando la madre da a niño en adopción a sus espaldas, STEDH de 26 de febrero de 2004, asunto *Görgülü / Alemania* (74969/01).

completo. Sin embargo, tras la ruptura, el padre había mantenido el contacto con la madre e incluso había visitado a la mujer y al niño en la clínica tras el parto, no informándole ésta en ningún momento sobre su intención. El TEDH consideró que Irlanda, al aceptar la entrega en secreto del niño en adopción sin recabar el consentimiento del padre, por el hecho de no ser padre legítimo, había injerido en la vida familiar de éste.

En este caso, el tribunal adoptó una noción amplia del término familia no reduciéndola a las relaciones basadas en el matrimonio sino que reconoce otros vínculos familiares *de facto* cuando las partes cohabitan o han cohabitado fuera del matrimonio¹⁰¹³. En este sentido, el tribunal entendió que cuando nace un hijo de una relación extramatrimonial y consta que ha habido cierto grado de duración y compromiso en esa relación, aunque ésta ya haya acabado, existe una presunción de que existe vida familiar entre el padre natural y su hijo.

Por su parte, en el asunto *Kroon*¹⁰¹⁴, el TEDH fue consciente de la realidad social y aceptó la existencia de familias que no cumplían la estructura clásica de padres casados que conviven bajo un mismo techo. En este caso, la Sra. Kroon, de nacionalidad holandesa, separada (y cuyo ex marido desapareció en 1986) tuvo un hijo al que inscribió como hijo del desaparecido. Tras obtener el divorcio tuvo otros tres hijos con su nueva pareja, quien contribuía económicamente al sostenimiento de los niños y los visitaba con frecuencia, manteniendo una relación extramarital pero estable con la madre (ni uno ni otro tenían intención de legalizar la situación, ni siquiera de vivir juntos). Un día, la pareja de la Sra. Kroon decidió reconocer la paternidad del hijo mayor de ésta, pero las autoridades le denegaron esta posibilidad, argumentando que debían casarse y cohabitar para que ello fuera posible. Planteado el asunto al TEDH, éste consideró que en esta situación ya existía una vida familiar *de facto* y, por tanto, el gobierno holandés debía reconocer un vínculo legal con el hijo, independientemente de que los padres decidieran casarse, vivir juntos o vivir de un modo más libre y menos comprometido su relación.

El respeto a la vida familiar exige, según el TEDH, aceptar la realidad biológica y social, prevaleciendo ambas sobre una presunción legal contraria frontalmente al deseo de los implicados y que en nada beneficia al niño¹⁰¹⁵.

e) la vida familiar puede continuar pese al divorcio de los cónyuges si hay hijos comunes

Esta fue la posibilidad planteada en el asunto *Berrehab*¹⁰¹⁶, en el que un marroquí (el sr. Berrehab), casado con una holandesa con la que tenía una hija decide divorciarse, pero

¹⁰¹³ Véase el apartado 44 de la sentencia.

¹⁰¹⁴ STEDH de 27 de octubre de 1994, asunto *Kroon / Holanda* (18535/91).

¹⁰¹⁵ Véanse los apartados 29 y 30 de la sentencia.

¹⁰¹⁶ STEDH de 21 de junio de 1988, asunto *Berrehab/Países Bajos* (10730/84).

continúa manteniendo una relación fluida. El sr. Berrehab era un padre responsable y solícito que compartía los gastos de crianza de su hija con la madre. Sin embargo, las autoridades holandesas le denegaron la renovación de su residencia al no convivir ya con la ciudadana europea. A partir de lo cual, se le denegó su permiso de trabajo y fue despedido. El sr. Berrehab acudió al TEDH por considerar que la expulsión del país era una medida que colisionaba frontalmente con su derecho a llevar una vida familiar con su hija. Las autoridades holandesas defendían la legalidad de su decisión en base a que no había matrimonio y tampoco cohabitación, por lo que consideraban que no existía en consecuencia vida familiar. El TEDH, sin embargo, señaló la desproporción de tal decisión sobre la base de que la cohabitación no era requisito *sine qua non* para demostrar la existencia de vida familiar¹⁰¹⁷.

El sr. Berrehab y su ex esposa habían protagonizado un matrimonio auténtico, fruto del cual nació una niña que *ipso iure* entró a formar parte de esa relación familiar. El hecho de que los padres ya no vivan en común no impide que esa relación pueda continuar con su hija¹⁰¹⁸.

f) puede existir una familia y vida familiar entre transexuales

El TEDH así lo manifestó en el asunto *X,Y, Z*¹⁰¹⁹, en el que la autoridad británica se negó a aceptar la inscripción en el Registro Civil de X como padre de Z, ya que X era un transexual convertido del sexo femenino al masculino mediante una intervención quirúrgica y que convivía con una mujer, Y, que había quedado embarazada mediante inseminación artificial de un donante anónimo. El tribunal mantiene una posición bastante flexible en este asunto en el que vino a aclarar que el artículo 8 del CEDH no implica una concepción unitaria para todos los Estados del tratamiento que deben recibir los transexuales, y menos en relación a la filiación; por lo que no existen elementos sobre los que los Estados parte del convenio tengan la obligación, en virtud del artículo 8 del CEDH, de aceptar la inscripción -como padre- en el Registro Civil de una persona que ni está claro que pertenezca de forma absoluta al sexo masculino, ni es biológicamente el progenitor¹⁰²⁰. Pero lo relevante aquí es la concepción que el TEDH mantiene sobre el término familia. Entiende el tribunal que dicho concepto no engloba sólo a familias fundadas en el matrimonio, sino también a otras relaciones *de facto* en las que se puede comprobar elementos como una vida en común, un compromiso estable o una atención mutua. En este caso, el TEDH señaló la necesidad de adaptarse a la realidad social, por lo que nada impedía a X actuar como padre en el sentido social (esto es, dar apoyo económico, social y emocional a Z), e incluso darle su apellido¹⁰²¹. Es decir, en este caso, el tribunal acepta que lo aparentemente es una familia pueda ser

¹⁰¹⁷ Véase el apartado 21 de la sentencia.

¹⁰¹⁸ Apartado 28 de la sentencia. En el mismo sentido, STEDH de 11 de julio de 2000, asunto *Ciliz/Holanda* (29192/95).

¹⁰¹⁹ STEDH de 22 de abril de 1997, asunto *XYZ / Reino Unido* (21830/93).

¹⁰²⁰ Véase el apartado 44 de la sentencia.

¹⁰²¹ Véase el apartado 50 de la sentencia.

aceptado socialmente como tal; lo que no implicaba la exigencia al Reino Unido de cambiar su legislación para aceptar la inscripción como padre de un transexual.

g) ¿vida familiar de parejas homosexuales?

Al contrario de los supuestos anteriores, en esta materia no ha habido un apostura clara del TEDH¹⁰²². Su parecer ha ido evolucionando de mano de los cambios legislativos llevados a cabo por los Estados.

Los primeros asuntos que llegan al TEDH en materia de reconocimiento jurídico de las relaciones estables entre personas del mismo sexo se refieren a la negación a estas parejas de beneficios previstos en principio para las heterosexuales. Así sucede en el asunto *Mata Estévez*¹⁰²³, cuya admisibilidad rechaza el Tribunal. El recurrente, que había convivido durante diez años con otro hombre, tras la muerte de éste solicitó las prestaciones previstas por la Seguridad Social para los cónyuges supervivientes, que le fueron rechazadas. En este asunto el Tribunal afirmó que las relaciones homosexuales duraderas entre dos hombres no están protegidas por el derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH y que, a pesar de la evolución de varios Estados europeos tendente al reconocimiento legal y jurídico de las uniones de hecho estables entre homosexuales, se trata de una materia en la que los Estados gozan de un gran margen de apreciación. Y, en consecuencia, consideró que la regulación española no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo —a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio, reservado en aquel momento a las parejas heterosexuales— y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión¹⁰²⁴; por lo que estimó que el trato diferenciado

¹⁰²² En cambio, la Asamblea Parlamentaria ha mostrado en este tema su faceta más avanzada y rompedora. La Asamblea Parlamentaria, en la Recomendación 1470 (2000) de 30 de junio de 2000 sobre los gays y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, con el pretexto de tratar las condiciones de la petición de asilo por personas homosexuales, habla sin tapujos de familias homosexuales para las que pide el mismo tratamiento en cuanto a protección, prestaciones, derecho a la reagrupación familiar y derechos sociales que los que se otorgan a las familias heterosexuales. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dde404c6.html>.

¹⁰²³ Decisión de 10 de mayo de 2001, asunto *Mata Estévez/España* (56501/00).

¹⁰²⁴ En el asunto de 8 de julio de 1987, *W/Reino Unido* (9749/82), apartado 60, el TEDH sintetiza su jurisprudencia en relación a la injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 8 CEDH: “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Según la jurisprudencia del TEDH, la noción de necesidad implica que la injerencia responde a una necesidad social imperiosa y que los medios utilizados son proporcionales al fin legítimo perseguido. A lo que se añade el que los Estados cuentan con un margen de apreciación que debe ser tenido en cuenta al determinar si una interferencia es “necesaria en una sociedad democrática” o si ha habido violación de una obligación positiva.

E. Gilbaja Cabrero, *La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista de Derecho Político, Núm. 91, septiembre-diciembre 2014, pp. 303-340, realiza un detallado estudio sobre esta materia.

dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado¹⁰²⁵.

Con el asunto *Karner*¹⁰²⁶ parece producirse un avance. El Sr. Karner convivía con otro hombre en un piso alquilado por este último. Al morir el arrendatario, el propietario de la vivienda inició un proceso para poner fin al uso de la misma, a lo que se opusieron diversas administraciones públicas, las cuales consideran aplicable a las relaciones homosexuales el artículo de la Ley austriaca de arrendamiento, que permite continuar en la vivienda a la pareja del arrendatario fallecido. A esta visión se opuso la Corte Suprema, dando la razón al propietario. El Sr. Karner acude al TEDH alegando ser víctima de discriminación basada en su orientación sexual, por lo que invoca los artículos 14 y 8 del TEDH. En esta ocasión, el Tribunal no entra a considerar si la expresión “vida familiar” del artículo 8 del CEDH protege a las parejas homosexuales, ni considera necesario determinar tal noción ni la de “vida privada”, puesto que la demanda del recurrente se refiere a una diferencia de trato perjudicial que afecta al disfrute de su derecho al respeto de su domicilio, garantizado por el citado precepto. Pero sí considera que se produce una violación de los artículos 14 y 8 del CEDH al señalar que el recurrente convivió en el piso con el arrendatario y que, si no hubiera sido por su sexo o su orientación sexual, podría haber sido aceptado como pareja a los efectos de la Ley de arrendamiento austriaca¹⁰²⁷.

Por lo que respecta al matrimonio entre personas del mismo sexo, la primera ocasión que tuvo el TEDH de pronunciarse al respecto vino de la mano del asunto *Schalk y Kopf*¹⁰²⁸, en donde estos señores recurren la denegación de su solicitud de inicio de los trámites para contraer matrimonio, aludiendo a la jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 12 del CEDH¹⁰²⁹ y en la que se señala que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse según las condiciones presentes¹⁰³⁰. En base a lo cual consideran que el artículo 12 debería entenderse como garantía del acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio o, en otras palabras, como mandato a los Estados miembros para que permitan tal acceso en sus ordenamientos.

¹⁰²⁵ Idea que ha reiterado más recientemente, en su Sentencia de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk and Kopf/Austria* (30141/04), en la cual ante la alegación de los demandantes de que si un Estado ofrece a las parejas de un mismo sexo un medio de reconocimiento alternativo al matrimonio, está obligado a otorgarles un estatus que se corresponda a todos los efectos con el propio de la institución matrimonial, el Tribunal afirma no compartir ese argumento, al entender que “los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación respecto de la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento” (apartado 108).

¹⁰²⁶ STEDH de 24 de julio de 2003, asunto *Karner/Austria* (40016/98).

¹⁰²⁷ En la misma línea resuelve los asuntos de 2 de marzo de 2010, *Kozak/Polonia* (13102/02); de 22 de julio de 2010, *P.B. and J.S./Austria* (18984/02); y de 28 de septiembre de 2010, *J.M./Reino Unido* (37060/06).

¹⁰²⁸ STEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk and Kopf/Austria*, cit.

¹⁰²⁹ El artículo 12 CEDH dispone que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

¹⁰³⁰ Entre otras, STEDH de 17 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin/Reino Unido* (28957/95), apartados 74 y 75; y sentencia de 22 de enero de 2008, asunto *E.B./Francia* (43546/02), apartado 92.

El tribunal señaló que, teniendo en cuenta que el artículo 9 de la CDFUE¹⁰³¹ donde se elude la referencia al hombre y la mujer al hablar del derecho a contraer matrimonio¹⁰³², no puede afirmarse que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 del CEDH deba en todo caso estar limitado a las parejas de sexo opuesto. Pero que teniendo en cuenta que aún no existe consenso a nivel europeo sobre la materia, es una opción del Derecho interno de los Estados¹⁰³³, aunque éstos no pueden introducir limitaciones que restrinjan o reduzcan el derecho de modo que su contenido esencial se vea perjudicado¹⁰³⁴.

En relación a la posible violación del artículo 14 del CEDH combinado con el 8, el TEDH señaló que, aunque es indiscutible que la relación de una pareja del mismo sexo se engloba en la noción de “vida privada”, es necesario dilucidar si constituye también “vida familiar”¹⁰³⁵. Y es que, aunque según su propia jurisprudencia respecto a las parejas de diferente sexo, la noción de familia no está restringida a relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos familiares *de facto*, lo cierto es que hasta esta sentencia sólo había aceptado que la relación afectiva y sexual de una pareja homosexual constituye “vida privada” pero no “vida familiar”. Es en este momento cuando, a la vista de la tendencia, en varios Estados europeos y en disposiciones de la UE, hacia el reconocimiento legal de las relaciones estables entre personas del mismo sexo y a incluirlas en la noción de “familia”, el TEDH considera artificial mantener su visión anterior y afirma que la relación estable *de facto* de una pareja del mismo sexo que convive se engloba en la noción de “vida familiar” igual que la de personas de diferente sexo¹⁰³⁶ y necesita igualmente reconocimiento y protección legales¹⁰³⁷.

Se trata ésta de una materia de tremenda actualidad, en la que han ido surgiendo variadas controversias como la del reconocimiento de tales uniones fuera del Estado de

¹⁰³¹ El artículo 9 de la Carta establece la garantía del derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

De la literalidad del precepto se observa que la disposición es más amplia en su alcance que los artículos correspondientes de la DUDH, puesto que no hay referencia explícita a “hombres y mujeres”. En este sentido, puede decirse que no hay obstáculo para reconocer las relaciones del mismo sexo en el contexto del matrimonio.

¹⁰³² Véase el apartado 60 de la sentencia.

¹⁰³³ Apartado 61 de la sentencia.

¹⁰³⁴ Apartado 49 de la sentencia.

¹⁰³⁵ Apartado 90 de la sentencia.

¹⁰³⁶ Véanse los apartados 92 a 94 de la sentencia.

¹⁰³⁷ Apartado 99 de la sentencia.

celebración¹⁰³⁸, la cuestión de la objeción de conciencia de los funcionarios que se niegan a formalizar tales uniones¹⁰³⁹, o la controvertida filiación¹⁰⁴⁰.

h) También integran la familia los hijos nacidos de vientre de alquiler

El TEDH ha determinado que supone una violación del artículo 8 del CEDH la negativa de las autoridades estatales a reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. Así lo manifestó el tribunal con ocasión de los asuntos *Menesson*¹⁰⁴¹ y *Labassee*¹⁰⁴².

Los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña. De acuerdo con sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas. Sin embargo, El Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*) denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución (*gestation pour autri*) incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés.

En su escrito el tribunal subrayó que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la

¹⁰³⁸ Asunto *Taddeucci y McCall/Italia* (recurso 51362/09, pendiente de resolución) En este asunto, los recurrentes, del mismo sexo, residían en Nueva Zelanda con el estatus de unión civil y se trasladaron a Italia, país de origen de uno de ellos, donde las autoridades rechazaron conceder al otro, neozelandés, un permiso de residencia porque la legislación nacional sobre inmigración no permite obtenerlo a las parejas no casadas.

¹⁰³⁹ STEDH de 15 de enero de 2013, asunto *Eweida y otros/Reino Unido* (48420/10, 36516/10, 51671/10 y 59842/10). Particularmente interesante resulta el caso de la tercera recurrente, que perdió su trabajo tras negarse a ser designada como registradora de uniones civiles debido a que, según su religión (cristiana), entiende que las uniones civiles entre personas del mismo sexo son “contrarias a la voluntad de Dios”, y se considera víctima de una discriminación basada en su religión. El Tribunal, teniendo presente que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente serias para ser justificadas, declaró la no violación del Convenio, puesto que el fin perseguido por la medida - proporcionar un servicio eficiente y que cumpla con el objetivo público de promover la igualdad de oportunidades y la actuación de los empleados públicos de un modo no discriminatorio- es legítimo y existe una relación de proporcionalidad entre éste y los medios utilizados (apartados 105 y 106). Véase, en detalle, E. Gilbaja Cabrero, *La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 320.

¹⁰⁴⁰ El TEDH ha resuelto varios asuntos en esta materia y en sus resoluciones se ve reflejada la evolución que se está produciendo desde hace unos años en los ordenamientos jurídicos de gran parte de los Estados miembros del CEDH en el sentido de reconocer las relaciones de filiación surgidas en las familias homoparentales (con dos progenitores del mismo sexo). Por tratarse de una materia que bien daría para otra tesis, me remito en este punto al trabajo de E. Gilbaja Cabrero, *La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 320-329.

¹⁰⁴¹ STEDH de 26 de junio de 2014, asunto *Menesson/Francia* (65192/11).

¹⁰⁴² STEDH de 26 de junio de 2014, asunto *Labassee/Francia* (65941/11).

gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas¹⁰⁴³. Motivo por el que el Tribunal debía decidir si se había alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primer el interés superior de éste.

Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero, que al quedar acreditado que padres e hijo se habían podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que vivían juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias, que no se había estimado que existiese el riesgo de que las autoridades decidieran separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés, y que las dificultades prácticas con las que se habían encontrado los recurrentes no habían excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar, el TEDH apreció que se había alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar¹⁰⁴⁴.

Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal apreció que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica, puesto que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, pero Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados. De esta manera, los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su

¹⁰⁴³ Apartado 63 de la sentencia *Menesson*.

¹⁰⁴⁴ En detalle, J, Flores Rodríguez, Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. *Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n° 65192/11*, La Ley, Núm. 8363, julio-2014.

filiación, se encuentra significativamente afectada¹⁰⁴⁵. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Según el Tribunal, este análisis adquiere un relieve especial cuando, como en el caso, uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño. En consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindicar su pleno reconocimiento. Sin embargo, en el caso enjuiciado, no solo no ha sido admitida la relación entre los gemelos y sus padre biológico con motivo de la solicitud de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad o de adopción o por efecto de la posesión de estado, tropezaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal Supremo. Por ello, el TEDH consideró que obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés había ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando con ello el artículo 8 del Tratado¹⁰⁴⁶.

4.2.3 La Unión Europea

Como hemos tenido ocasión de ver en la evolución histórica realizada en el primer capítulo de este trabajo, el nacimiento de la UE vino motivado por una razón económica, lo que se tradujo en una pasividad ante un aspecto tan fundamental de la sociedad como es la familia. No sería hasta la década de los ochenta cuando se comenzó a vislumbrar un cambio de mentalidad¹⁰⁴⁷.

La UE no cuenta con una política de familia como tal, disponiendo cada Estado miembro de su propia política en la materia. Sin embargo, desde finales de los ochenta la UE ha ido desarrollando una serie de medidas que han sido consideradas por algunos como una especie de cuerpo legislativo a nivel europeo en materia de familia¹⁰⁴⁸. Y es que, a partir de aquellos años, la UE, mediante la armonización de la legislación

¹⁰⁴⁵ Véanse los apartados 96-99 de la sentencia.

¹⁰⁴⁶ Apartados 100 y 101 de la sentencia.

¹⁰⁴⁷ Recordemos que fue en esta etapa cuando se puso de manifiesto, por primera vez, la necesidad de establecer un equilibrio entre el objetivo estratégico de creación de un mercado común europeo y la cohesión social dentro del mismo. En esta etapa se hablaba, por primera vez, de la dimensión social del Mercado interno (J. Delors). Véase *supra* epígrafe 1 del Capítulo I del presente trabajo.

¹⁰⁴⁸ En este sentido, A. Ríos Rodríguez, *La protección de la familia en la Unión Europea*, Cuadernos de Trabajo Social, Núm. 10, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 2.

laboral¹⁰⁴⁹, comenzaría a configurar un conjunto de principios y disposiciones que influirían en las políticas familiares de los países miembros. Debemos tener también presente que hay multitud de políticas comunitarias que tienen repercusión en la familia, por lo que, *sensu contrario*, podría afirmarse que en la UE la protección de la familia queda ligada a otras cuestiones en las que la Unión sí tiene competencia (por ejemplo, la igualdad entre hombre y mujeres, protección de la maternidad, de la infancia, etc.).

El mayor logro alcanzado en la UE en materia de familia se produjo con la CDFUE, cuyo artículo 33.1 garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social¹⁰⁵⁰, y con la que la familia pasó a ser titular de derechos y acreedora de servicios sociales.

Por su parte, el TJCE, consciente de esta carencia normativa y con el objetivo de intentar paliarla, comenzó allá por los años sesenta una etapa de activa protección de los derechos fundamentales sobre la base de los principios generales del Derecho Comunitario¹⁰⁵¹.

A nivel institucional, las actuaciones que la UE ha llevado a cabo en materia de familia han sido escasas. Así, en 1989 se produjo un avance con la creación del Observatorio Europeo de las Políticas Familiares Nacionales, como organismo –dependiente de la Comisión- encargado de realizar un seguimiento de las características que definen a la familia y a las políticas familiares (así como el impacto que pueden tener otras políticas sobre la familia) en todos los Estados miembros de la UE¹⁰⁵².

No obstante, a pesar de que en la UE hay sensibilidad hacia la problemática de la familia, no se cuenta, a nivel comunitario, con ninguna Dirección General que se encargue de las Políticas Familiares¹⁰⁵³, ni con un Observatorio de la Familia¹⁰⁵⁴, ni con

¹⁰⁴⁹ Recordemos las Directivas que se aprobaron en materia de igualdad de oportunidades, protección de la mujer embarazada, permiso por maternidad/paternidad, etc. Véase supra nota a pie núm. 27.

¹⁰⁵⁰ Además de su artículo 7 que defiende el respeto de la vida privada y familiar.

¹⁰⁵¹ No olvidemos que con la STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder / la villa de Ulm-Solzialamt*, cit., el TJCE dio un giro a su jurisprudencia anterior, pues fue la primera sentencia en la que este Tribunal protegió los derechos y las libertades fundamentales en el ámbito de las Comunidades. Véase supra epígrafe 1 del Capítulo I del presente trabajo.

¹⁰⁵² En 1999 se renombró como Observatorio Europeo sobre Asuntos Familiares. Más tarde se denominó Observatorio Europeo sobre la Situación Social, Demografía y Familia y en 2004 se cerró, siendo reemplazado por el Observatorio sobre Demografía y Situación Social. Evolución facilitada en el Informe del Instituto de Política Familiar, sobre la Evolución de la familia en Europa, 2007, p. 36. Disponible en:

http://www.adcl.org.pt/observatorio/pdf/Informe_Evolucion_Familia_Europa_UE27_2007.pdf

¹⁰⁵³ La Comisión Europea cuenta con 33 Direcciones Generales, pero ninguna de ellas corresponde a las Políticas Familiares, siendo tratado los asuntos relacionados con la Familia en la Dirección General de “Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión” y en la Dirección General de “Justicia”, tal y como se pone de manifiesto en Informe del Instituto de Política Familiar, *Evolución de la familia en Europa 2014*, cit., p. 70.

¹⁰⁵⁴ Véase nota pie 1052.

un Libro Verde de la Familia¹⁰⁵⁵, algo que ha sido criticado en reiteradas ocasiones desde distintas organizaciones del ámbito familiar¹⁰⁵⁶.

Los Estados siguen siendo reticentes a ceder sus competencias en esta materia. Por ello, la UE continúa pudiendo ocuparse de la familia sólo en la medida en que los Estados le hayan atribuido competencias. En este sentido, el artículo 81.3 del TFUE, en relación a la cooperación judicial en materia civil, establece la necesidad de que el Consejo se pronuncie por unanimidad en las medidas relativas al Derecho de familia¹⁰⁵⁷.

En cuanto a la actividad normativa de la UE y en el intento de consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que sea efectiva la cooperación judicial de los tribunales de los Estados miembros, se aprobó el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁰⁵⁸, comúnmente conocido como reglamento Bruselas II bis; el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹⁰⁵⁹; y el Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁰⁶⁰.

Además, desde 2011 se viene trabajando en dos nuevas propuestas normativas en esta materia:

- Propuesta de Reglamento del Consejo, de 16 de marzo de 2011, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

¹⁰⁵⁵ De los 136 libros verdes escritos desde 1984, ninguno de ellos se ha dedicado a la Familia. Véase, de nuevo, el Informe del Instituto de Política Familiar, *Evolución de la familia en Europa 2014*, cit., p. 70.

¹⁰⁵⁶ Por ejemplo, el Instituto de Política Familiar ha venido poniéndolo así de manifiesto en sus informes desde 2007. Información disponible en : www.ipfe.org.

¹⁰⁵⁷ Artículo 81.3 del TFUE: “No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”.

¹⁰⁵⁸ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003 (corrección de errores en DOUE L 82, de 22 de marzo de 2013).

Norma que además deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

¹⁰⁵⁹ DOUE L 7, de 10 de enero de 2009 (corrección de errores en DOUE L 131, de 18 de mayo de 2011; DOUE L 8, de 12 de enero de 2013 y DOUE L 28, de 23 de octubre de 2013).

¹⁰⁶⁰ DOUE L 343/10, de 29 de diciembre de 2010. Su artículo 2 establece: “El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003”.

en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, COM (2011) 127 final- 2011/0060 (CNS)¹⁰⁶¹.

- Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, COM (2011) 126 final - 2011/0059 (CNS)¹⁰⁶².

Y es que, a pesar de los esfuerzos por recabar el consenso de los Estados miembros para la aprobación de estos instrumentos –recordemos que se requiere de la unanimidad, ya que siguen el procedimiento previsto en el artículo 81.3 del TFUE-, algunos Estados miembros pidieron expresamente un mayor periodo de reflexión. Motivo por el que la Presidencia espera que, a más tardar, a finales de este año 2015 se adopte ya una decisión al respecto¹⁰⁶³.

5. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL TRABAJADOR TRANSNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Partiendo de la premisa de que el derecho a la vida familiar es un derecho que deriva del artículo 8 del CEDH y constituyendo una materia especialmente sensible a los trabajadores que se encuentran desplazados fuera de su país durante un periodo prolongado de tiempo, dedicaremos este apartado al estudio de este ámbito de protección del trabajador y de su entorno más inmediato, su familia.

A nivel europeo, la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar¹⁰⁶⁴ contiene la regulación que se establece con carácter mínimo para esta materia en la UE. Sin embargo, dado el amplio margen de actuación que se concede a los Estados miembros, algunos la califican como derecho derivado blando (*soft law*)¹⁰⁶⁵. Si a esto sumamos el hecho de que se destine exclusivamente a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, consideramos que resulta más enriquecedor para este trabajo el estudio de esta materia a través de la legislación española, mucho más completa y comprensiva de la variedad de supuestos que podemos encontrar.

¹⁰⁶¹ COM (2011) 127 final-2011/0060 (CNS), DOUE C 376, 22 de Diciembre de 2011.

¹⁰⁶² COM (2011) 126 final-2011/0059 (CNS), DOUE C 376, 22 de Diciembre de 2011.

¹⁰⁶³ Véase Nota de la Presidencia del Consejo de la UE 16171/14- USTCIV 313, de 27 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16171-2014-INIT/es/pdf>.

¹⁰⁶⁴ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251/12, de 3 de octubre de 2003).

¹⁰⁶⁵ En este sentido, entre otros, J. M. Cortés Martín, *Inmigración y Derecho a la Reunificación Familiar en la Unión Europea: ¿Mínimo Común Denominador de las Políticas Nacionales?*, Anuario de Derecho Europeo, 4, 2005, p. 36; y L. Aparicio Chofré, *La aplicación de la directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, cinco años después*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Núm. 57, 2006, pp. 148 y 149.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la reagrupación familiar se contempla, con carácter general, en el Capítulo II de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, **sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**¹⁰⁶⁶, en adelante LOEX. Sin embargo, en tanto que **derecho reconocido al trabajador, su regulación viene desarrollada en el Real Decreto 557/2011**, de 20 de abril¹⁰⁶⁷, en adelante REX.

Antes de continuar debemos aclarar que con este apartado no se pretende realizar un estudio en profundidad del régimen jurídico de la reagrupación familiar (pues no alejaríamos demasiado de nuestro objeto de estudio), sino únicamente de aquellos aspectos que presentan una caracterización idónea para los trabajadores que constituyen la base del presente trabajo.

Al igual que hiciéramos en el estudio de la LDT al distinguir entre trabajador nacional de un Estado miembro o perteneciente alEEE y trabajador perteneciente a un tercer Estado, resulta igualmente útil trasladar dicha diferenciación a este campo de estudio. Así, atendiendo al primero de los supuestos (esto es, el de los trabajadores comunitarios) y, con independencia de la nacionalidad que posean los familiares del trabajador desplazado¹⁰⁶⁸, la norma que regula la residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE es el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyo artículo 3 establece que cualquier persona -ciudadana de alguno de esos Estados- que pretenda permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estará obligada a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido en la propia norma¹⁰⁶⁹. De lo que se deduce que, si el trabajador desplazado a España decide

¹⁰⁶⁶ **Reformada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).**

¹⁰⁶⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

¹⁰⁶⁸ Artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007); modificado por el *Real Decreto* 1710/2011, de 18 de noviembre (BOE núm. 285, de 26 de noviembre de 2011).

¹⁰⁶⁹ El procedimiento se establece en el artículo 7 de la norma que señala: “Los interesados estarán obligados (en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España) a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Junto con la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante. Cumplido esto le será expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro”.

trasladar también a su familia y la duración del desplazamiento es inferior a tres meses no se precisa de ningún trámite adicional.

Ahora bien, la regulación prevista en nuestro ordenamiento para el segundo de los supuestos (cuando el desplazamiento a nuestro país lo realiza un trabajador extracomunitario) no se manifiesta de una forma tan clara, siendo necesario acudir a varios artículos dispersos del REX. No obstante, antes de comenzar su análisis resultan necesarias varias apreciaciones.

En primer lugar, aunque hablemos de “trabajador” desplazado temporalmente a España, desde el momento en el que la norma contempla una regulación idéntica para la figura del “investigador”¹⁰⁷⁰ desplazado temporalmente a nuestro país, debemos tener presente que el concepto de trabajador que manejamos ha de ser entendido en sentido amplio.

Por otro lado, resulta llamativo el hecho de que esta norma contemple la autorización de residencia temporal y trabajo para los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional¹⁰⁷¹, pero no le dedique un artículo específico al posible desplazamiento de sus familiares a nuestro país, como sí hace en otros supuestos (caso del desplazamiento de trabajadores altamente cualificados¹⁰⁷², o del de los investigadores¹⁰⁷³).

En efecto, y precisamente ese es el aspecto que, a nuestro parecer, resulta más llamativo de la norma. Y es que si nos atenemos a la literalidad del REX, éste sólo contempla de manera explícita el desplazamiento de la familia del trabajador en determinados supuestos:

- familiares de trabajadores altamente cualificados (artículos 94 y 96);
- familiares de investigadores (artículo 83); y
- familiares del trabajador con permiso de residencia de larga duración (artículo 156).

Pero nada se dice, sin embargo, sobre los familiares del trabajador desplazado a nuestro país en el marco de una prestación de servicios transnacional. De lo que se infiere que la posible reagrupación familiar en este supuesto que centra nuestro estudio se regirá por el procedimiento genérico contemplado para la reagrupación de la familia en el capítulo II del REX¹⁰⁷⁴.

Analicemos pues cada uno de estos supuestos. Para ello respetaremos la exposición diferencia contenida en la propia norma:

¹⁰⁷⁰ Véanse los artículos 73-84 del REX.

¹⁰⁷¹ Artículos 110-116 del REX.

¹⁰⁷² Véase el régimen previsto para el desplazamiento de familiares de trabajadores altamente cualificados (artículo 96 del REX).

¹⁰⁷³ El artículo 83 del REX contempla el régimen aplicable a los familiares de investigadores.

¹⁰⁷⁴ Artículos 52-61 del REX.

a) La reagrupación familiar de los trabajadores altamente cualificados

El Reglamento español considera trabajador altamente cualificado a aquel que cuenta con cualificación de enseñanza superior¹⁰⁷⁵ o, excepcionalmente, acredita un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, relacionada con la actividad para cuyo desempeño se le ha concedido la autorización de residencia temporal y trabajo¹⁰⁷⁶.

Pues bien, el REX establece una especialidad en relación a este tipo de trabajador, cual es la posibilidad de simultanear la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo con la de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar¹⁰⁷⁷. En este sentido, resulta indiferente que haga uso de esta posibilidad el empleador solicitante de la autorización principal o el propio trabajador extranjero altamente cualificado.

La norma contempla además que aquellos trabajadores extranjeros que ya hayan obtenido la calificación de trabajador cualificado en otro Estado miembro de la UE, la posibilidad de trasladarse a España para ejercer aquí un empleo, siempre que hayan transcurrido, al menos, dieciocho meses desde que le fue expedida la Tarjeta azul-UE por otro Estado miembro¹⁰⁷⁸. Así como, la posibilidad de trasladar con él a su familia, siempre que ya se encontrase constituida en el anterior Estado miembro de residencia¹⁰⁷⁹.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el trabajador que es desplazado a nuestro país decide reagrupar aquí a su familia, si ésta aún permanece en su país de origen? A ello parece responder el artículo 96.4 del REX cuando alude a la reagrupación de los miembros de la familia del trabajador que no formasen parte del grupo ya constituido en el anterior

¹⁰⁷⁵ Artículo 85.2: “se entenderá por cualificación de enseñanza superior aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesaria para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada”.

¹⁰⁷⁶ A estos trabajadores extranjeros se les expide la Tarjeta Azul UE que les permitirá a ellos y a sus familias: entrar, residir y salir del Estado miembro emisor; atravesar los otros Estados miembros; acceder al mercado laboral en el sector de que se trate; y disfrutar de condiciones de igualdad de trato con los nacionales del país de residencia, en particular, en materia de condiciones laborales, seguridad social, pensiones, reconocimiento de títulos, educación y formación profesional (artículo 7.4 de la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. DOUE L 155, de 18 de junio de 2009).

¹⁰⁷⁷ Artículo 94.1 del REX, además del artículo 18.1 de la LOEX.

¹⁰⁷⁸ Artículo 95 REX: “Transcurridos dieciocho meses de titularidad de una Tarjeta azul-UE expedida por otro Estado miembro de la Unión Europea, el trabajador extranjero titular de la misma tendrá derecho a trasladarse a España con el fin de ejercer un empleo altamente cualificado, de acuerdo con lo establecido en este artículo”.

¹⁰⁷⁹ Artículo 96 REX: “El empleador que haya presentado una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo para profesionales cualificados, a favor del titular de una Tarjeta azul-UE en otro Estado miembro o, en su caso, éste mismo, podrá solicitar, simultáneamente, una autorización de residencia a favor de los miembros de su familia que ya se encontrase constituida en el anterior Estado miembro de residencia, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el presente artículo”.

Estado miembro de residencia. En este sentido, el propio artículo 94 del REX (al que remite el 96.4) señala la necesidad de solicitar la autorización para dichos miembros que se concederá “si se cumplen los requisitos reglamentariamente previstos en relación con la reagrupación familiar”. De manera que si la familia de este trabajador no residía con carácter previo en un Estado miembro deberá someterse al procedimiento genérico de reagrupación familiar¹⁰⁸⁰ y no podrá acogerse al previsto (más abreviado) para este tipo de trabajadores. Algo lógico si tenemos en cuenta que nuestro país será el primero que ejerza el control de acceso de esos familiares al territorio de la UE.

b) La reagrupación familiar de los investigadores

El REX contempla como investigador a aquel extranjero que va a realizar proyectos de investigación en nuestro país, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación¹⁰⁸¹.

Por lo que a la reunificación familiar se refiere, esta norma viene a dispensar idéntico tratamiento que el previsto en el supuesto anterior. Por ello y con idea de evitar duplicidades no vamos a reiterar dicho procedimiento, pero si consideramos interesante señalar, con ocasión del análisis de esta figura, un aspecto que a nuestro entender no debe pasar inadvertido, cual es la franja temporal que rige la autorización de residencia y trabajo de los investigadores.

En efecto, el artículo 74.2 del REX establece que la duración de dicha autorización será siempre superior a tres meses y, como máximo, de cinco años. Esta delimitación temporal supone una excepción (junto con la contemplada en materia de seguridad social¹⁰⁸²) en la materia que aquí estudiamos y es que, tendiendo presente, como indicábamos *supra*, una concepción amplia de la figura del trabajador, esta franja ofrece un acotamiento temporal de la prestación de servicios transnacional cuando esta tenga por objeto actividades de investigación¹⁰⁸³.

c) Familiares de un trabajador extranjero que tenga permiso de residencia de larga duración

¹⁰⁸⁰ Establecido en los artículos 52-61 del REX.

¹⁰⁸¹ Artículo 73.2 del REX: “A efectos de este Reglamento se entenderá por organismo de investigación cualquier persona física o jurídica, pública o privada, con establecimiento principal o secundario radicado en España, que realice actividades de investigación y desarrollo tecnológico y haya sido autorizada para suscribir convenios de acogida”.

¹⁰⁸² Recordemos que en materia de seguridad social para evitar que los posibles beneficios reportados por la aplicación de la ley de origen se conviertan en perjuicios en el ámbito laboral (si la norma de origen implica una protección inferior a la conferida por las leyes del país de destino) se ha acordado con ciertos Estados miembros la duración máxima permitida de los desplazamientos de trabajadores españoles, a partir de la cual se exigirá la cotización a sus respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social: 8 años en Alemania y Francia, 7 años en Luxemburgo y 5 años en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia y Reino Unido.

Datos aportados por C. García de Cortázar y Nebreda, *Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas*, cit., p. 14.

¹⁰⁸³ Tal sería el caso, por ejemplo, de un técnico de un laboratorio francés que es desplazado a otro laboratorio del grupo situado en nuestro país para realizar un proyecto en él.

Aunque este supuesto no encaje perfectamente en el tema que centra este trabajo, puesto que en él predomina la nota de la temporalidad, se ha considerado conveniente su mención no sólo porque es uno de los supuestos en los que expresamente se menciona el desplazamiento a nuestro país de familiares, sino también –y siendo ésta la razón más relevante- porque en él se especifica qué se entiende por “miembros de la familia”, aunque sea mediante remisión al artículo 17 de la LOEX¹⁰⁸⁴, al que luego aludiremos.

Pues bien, acabamos de apuntar que el encaje del trabajador que centra nuestro estudio no es perfecto en esta figura, pero eso no implica su exclusión total de la misma. Y es que es cierto que el REX entiende la residencia de larga duración como la referida al extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles¹⁰⁸⁵. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el primer requisito que el propio reglamento contiene para poder optar a esta autorización es haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años¹⁰⁸⁶ y que, como ya hemos visto, no hay umbrales máximos que acoten la duración del desplazamiento, es posible que ambas circunstancias se cumplan el marco de una prestación de servicios transnacional en nuestro país.

Establece el REX que todo extranjero -debemos entender incluido al trabajador, por lo que acabamos de exponer-, titular de una autorización de residencia de larga duración-UE concedida por otro Estado miembro de la Unión puede solicitar residir en España, sin que se requiera la obtención de visado¹⁰⁸⁷. Y de igual modo, los miembros de su familia podrán cursar idéntica solicitud si ya formaban parte de la unidad familiar constituida en el anterior Estado miembro de residencia¹⁰⁸⁸.

d) La reagrupación familiar del trabajador desplazado según el procedimiento legal genérico

Señalábamos antes que resulta curioso que el REX contemple una serie de procedimientos de reagrupación familiar específicos para determinados tipos de trabajadores y no haya llevado a cabo una previsión específica para aquellos que son desplazados a España en el marco de una prestación de servicios transnacional. Esto no quiere decir que no sea posible que este trabajador reagrupe a su familia en nuestro país, sino que para ello tendrá que regirse por lo previsto en el procedimiento común, cuya regulación contemplan de manera conjunta la LOEX y el REX¹⁰⁸⁹.

Pues bien, para ello el REX establece que la solicitud para la reagrupación familiar se podrá presentar cuando el extranjero -entiéndase trabajador- reagrupante haya residido

¹⁰⁸⁴ Véase el artículo 156.1 del REX.

¹⁰⁸⁵ Artículo 151 del REX.

¹⁰⁸⁶ Así lo establece el artículo 152.a) del REX.

¹⁰⁸⁷ Artículo 155 del REX.

¹⁰⁸⁸ Artículo 156.1 del REX.

¹⁰⁸⁹ Artículos 16-19 de la LOEX y artículos 52-56 del REX.

en España, al menos, el año inmediatamente anterior y tenga solicitada la autorización para residir, como mínimo, otro más¹⁰⁹⁰. Tras este planteamiento son varias las cuestiones a las que debemos prestar atención.

En primer lugar, se exige que el trabajador extranjero haya residido ya un año en nuestro país. Esta especificación de la norma enlaza con la idea que se introdujo al inicio de este capítulo y en la que se señalaba que sólo aquellos desplazamientos cuya duración pudiera repercutir de una forma negativa en el ámbito familiar iban a ser considerados en este estudio. En este sentido, esta indicación temporal puede servir como referencia para determinar cuándo la duración de un desplazamiento –en el marco de una prestación de servicios transnacional- puede llegar a repercutir en esa esfera del trabajador desplazado, puesto que es tras ese tiempo cuando el legislador permite la solicitud de reagrupamiento en nuestro país.

Sin embargo, esta exigencia temporal de residencia previa para que el extranjero/trabajador pueda solicitar la reagrupación de su familia no encaja bien con la limitación de un año impuesta por el legislador español en el artículo 110.3 del REX, encargado de regular la autorización de residencia y trabajo en el marco de las prestaciones de servicios transnacionales. Limitación que más adelante el propio legislador amplía en un año o en el previsto en Convenios Internacionales firmados por España, si se acreditan idénticas condiciones a las exigidas para la concesión de la autorización inicial¹⁰⁹¹. De manera que sólo en el caso de que el trabajador desplazado a nuestro país lleve ya residiendo en España un año y la prestación de servicios que está llevando a cabo implique una duración superior que requiera la prórroga de la autorización primera, podrá solicitar la reagrupación de su entorno familiar.

En segundo lugar, la norma exige haber solicitado la autorización para residir durante, al menos, otro año más (artículo 56.1 del REX)¹⁰⁹²; pero nada se especifica, sin embargo, en relación al trabajo. En base a esto surgen las siguientes preguntas: ¿qué pasaría si durante la estancia del trabajador en nuestro país se extingue su contrato de trabajo?, es más, ¿sería posible solicitar, en ese caso, la reagrupación en España de su familia?. La respuesta no es sencilla.

En efecto, y es que atendiendo al mandato contenido, el trabajador desplazado a nuestro país ha de solicitar la prórroga de su autorización de residencia y trabajo. Prórroga que, en virtud de lo previsto en el artículo 43.2 de la LOEX, queda determinada en el REX. Pues bien, el artículo 115.1 del REX contempla la prórroga de la autorización por el periodo previsto de continuidad de la actividad que motivó el desplazamiento temporal, con el límite máximo de un año o el previsto en Convenios Internacionales firmados por

¹⁰⁹⁰ Artículo 56.1 del REX.

¹⁰⁹¹ Artículo 115 del REX.

¹⁰⁹² En sentido análogo se pronuncia el artículo 18.1 de la LOEX al señalar que “los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial”.

España, pero siempre que se acrediten idénticas condiciones a las exigidas para la concesión de la autorización inicial. Por lo que para responder a las cuestiones planteadas será determinante el momento en el que se produce el cese de la relación laboral. Así, si ésta tiene lugar tras el primer año de residencia en nuestro país, pero antes de solicitar la prórroga de la autorización inicial, ésta no procederá y, en consecuencia, no sería posible la solicitud de la reagrupación familiar. Pero si el cese tiene lugar tras la concesión de la prórroga no parece que pueda haber obstáculo a la solicitud de reagrupación, siempre que se cumplan las condiciones económicas y de vivienda contempladas en el REX tendentes a garantizar que las necesidades de los miembros de la familia, una vez reagrupada, quedan cubiertas sin financiación pública¹⁰⁹³.

Hemos dejado para el final un aspecto fundamental de esta materia, nos referimos a aquellos familiares que encuentran cobertura en esta figura, esto es, a los familiares reagrupables, a cuyo estudio dedicaremos el siguiente epígrafe.

5.1 FAMILIARES REAGRUPABLES

En este contexto resulta muy importante conocer la composición de las familias objeto de la reagrupación. Y es que en su dimensión subjetiva hay una definición claramente impositiva respecto a los beneficiarios de la reagrupación familiar y los derechos derivados de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que al Derecho de extranjería se refiere, nuestro ordenamiento se limita a la familia en sentido estricto o nuclear. En efecto, se genera un perfil determinado de familias que no responde a todas las realidades familiares posibles y, lo que es más sorprendente, no se ajusta a la realidad de las nuevas familias¹⁰⁹⁴. Y es que frente a las habituales notas de universalidad y amplitud en los principales documentos de Naciones Unidas, la familia de nacionales de terceros Estados tiende a ser asimilada, en nuestro ordenamiento jurídico, a una forma nuclear en el sentido más estricto y reduccionista del término, pese a no existir una noción unívoca de familia por parte de las instituciones comunitarias.

En ese sentido, el extranjero/trabajador residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

a) Cónyuge

¹⁰⁹³ Artículos 54 y 55 del REX.

¹⁰⁹⁴ E. La Spina, *La transformación de la esfera familiar desde el Derecho de extranjería español*, REDUR, Núm. 11, diciembre, 2013, pp. 40.

Término que resulta un tanto ambiguo puesto que la propia normativa ampara aquí la relación de afectividad análoga a la conyugal¹⁰⁹⁵, que a efectos de reagrupación se considera a aquella inscrita en un registro público establecido a este efecto, siempre que dicha inscripción no hay sido cancelada; y la relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España, siempre que siga vigente y pueda ser acreditada. Para lo cual, y sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública.

No cabe duda que el aspecto más complejo de este procedimiento será la prueba de la existencia de la relación, pues lo normal es que en los países de donde proviene mayoritariamente la población extranjera extracomunitaria no existan registros de este tipo. De igual manera que tampoco resultará sencillo en ciertos países obtener documentos de autoridades públicas que acrediten la existencia de la relación, y menos en el caso de parejas del mismo sexo. Por ello, será fundamental la mayor o menor flexibilidad de la Administración a la hora de interpretar estos preceptos¹⁰⁹⁶.

Tras esta matización el cónyuge o pareja del residente podrá ser reagrupado siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio (o la unión, se entiende) no se haya celebrado en fraude de ley. En consecuencia, si el extranjero residente se encuentra casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno sus matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge, siempre que acredite, además, que la disolución ha tenido lugar después de un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores o mayores de edad en situación de dependencia¹⁰⁹⁷.

Por otro lado, el derecho a la reagrupación queda referido a una única persona (cónyuge o pareja). De manera que no podrá reagruparse a más de un cónyuge o pareja, aunque la ley personal del extranjero pueda admitir esta modalidad matrimonial. En otras palabras, aunque en el país de procedencia del extranjero existan instituciones como la del matrimonio poligámico, el inmigrante sólo podrá reagrupar a una de sus esposas¹⁰⁹⁸.

Debe tenerse en cuenta también que se contempla la posibilidad de que el cónyuge o la pareja reagrupada obtenga una autorización de residencia temporal en España, independiente de la del reagrupante en determinados casos y siempre que no tenga deudas con la Administración tributaria o de Seguridad Social:

¹⁰⁹⁵ Artículos 17.4 de la LOEX y 53.b) del REX.

¹⁰⁹⁶ En este sentido, F. Franco Pantoja y J. Sánchez Ribas, *Reglamento de extranjería 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 71.

¹⁰⁹⁷ Artículo 53.a) del REX.

¹⁰⁹⁸ Debemos tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español diseña el matrimonio como una unión única que puede ser tanto heterosexual como del mismo sexo (artículos 44 y 46 del CC). Esto implica directamente la consideración del matrimonio poligámico como una institución claramente contraria a nuestro orden público, imposibilitando que produzca cualquier efecto directo en España.

- Cuando cuente con medios económicos suficientes para la concesión de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo.
- Cuando tenga uno o varios contratos de trabajo, de duración mínima de un año, desde el momento de la solicitud, y de los que se derive una retribución no inferior al Salario Mínimo Interprofesional mensual, a tiempo completo, por catorce pagas.
- Cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho, divorcio o por cancelación de la inscripción, o finalización de la vida en pareja, siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge o pareja reagrupante durante al menos dos años.
- Cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección o, en su defecto, exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género¹⁰⁹⁹. En este caso, la tramitación de las solicitudes presentadas al amparo de este apartado tendrá carácter preferente y la duración de la autorización de residencia y trabajo independiente será de cinco años.
- Por causa de muerte del reagrupante.

b) Descendientes

Nuestro ordenamiento jurídico establece que podrán ser reagrupados los hijos del residente y/o del cónyuge o pareja, incluidos los adoptados¹¹⁰⁰, siempre que sean menores de dieciocho años (y no estén casados¹¹⁰¹) o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de satisfacer sus propias necesidades debido a su estado de salud¹¹⁰². Por tanto, se excluyen a los mayores de edad, pese a que puedan continuar siendo económicamente dependientes, sin que sea posible ampliar la franja de edad hasta

¹⁰⁹⁹ Este supuesto será igualmente de aplicación cuando fuera víctima de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, una vez que exista una orden judicial de protección a favor de la víctima o, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de conducta violenta ejercida en el entorno familiar (artículo 59.2.b) del REX).

¹¹⁰⁰ Siempre que se acredite que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España (artículo 53.c) *in fine* del REX). A tal fin, cabe recordar que las resoluciones de adopción provienen de expedientes de jurisdicción voluntaria; por consiguiente, no requieren la previa obtención del exequatur para ser efectivas en España. No obstante, su validez sigue estando supeditada al cumplimiento de varios requisitos. En concreto, y al amparo del artículo 9.5 del CC, se exige principalmente que provengan de autoridad extranjera competente y que se trate de una adopción equivalente a la institución española de la adopción. Además, deben cumplirse los requisitos de forma y traducción previstos en los artículos 323 y 144 LEC, y la adopción no debe ser contraria al orden público español (artículo 12.3 del CC).

¹¹⁰¹ Requisito éste último que se encuentra establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 2003/86 de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251, de 3 de octubre de 2010).

¹¹⁰² Siempre y cuando el residente sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español (artículo 53.d) del REX).

los 21 años como sí ha sido admitido para los hijos de familiares comunitarios¹¹⁰³. Nótese que el requisito de edad queda vinculado al momento de la solicitud de residencia a favor del menor, de manera que es posible que cuando la autorización se conceda el autorizado haya alcanzado los 18 años.

En el supuesto de que se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges o miembros de la pareja se requiere, además del cumplimiento de las condiciones anteriores, dos requisitos adicionales: que dicho cónyuge ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia, y que, además, estén efectivamente a su cargo¹¹⁰⁴.

Al igual que en el caso del cónyuge o pareja del reagrupante, la LOEX reconoce a los hijos reagrupados el derecho a obtener una autorización de residencia independiente cuando lleguen a la mayoría de edad y dispongan de los medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades¹¹⁰⁵. Posibilidad que se ve ampliada en el REX, a favor de los hijos reagrupados que "hayan llegado a la mayoría de edad y residido en España durante cinco años"¹¹⁰⁶. En todo caso, los hijos en edad laboral que hayan sido previamente reagrupados podrán trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo¹¹⁰⁷.

A estas condiciones se suma la escolarización obligatoria del menor durante su permanencia en nuestro país, tal y como se deduce de la previsión contemplada en el artículo 18.3 de la LOEX¹¹⁰⁸ y en el REX¹¹⁰⁹.

c) Ascendientes y otros familiares

Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge podrán reagruparse cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España¹¹¹⁰.

¹¹⁰³ Véase el artículo 2.c) del RD 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de Febrero de 2007).

¹¹⁰⁴ El artículo 53.e) del REX establece con carácter general que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva; estableciendo una referencia para ello de, "al menos, el 51% del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de residencia del reagrupante, según lo establecido, en materia de Indicadores sobre renta y actividad económica por país y tipo de indicador, por el Instituto Nacional de Estadística".

¹¹⁰⁵ Artículo 19.3 de la LOEX.

¹¹⁰⁶ Artículo 59.4 del REX.

¹¹⁰⁷ Pues la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares les habilita para ello (artículo 19.1 de la LOEX).

¹¹⁰⁸ "Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes".

¹¹⁰⁹ Véase el artículo 63.3.a).3º del REX.

Excepcionalmente podrá solicitarse la reagrupación de ascendientes que no cumplan el requisito de la edad, es decir que sean menores de sesenta y cinco años, cuando existan razones de carácter humanitario, que a este efecto tendrán lugar en los siguientes supuestos:

- cuando el ascendiente conviviera con el reagrupante en el país de origen en el momento en que este último obtuvo su autorización;
- cuando el ascendiente sea incapaz y su tutela esté otorgada por la autoridad competente en el país de origen al extranjero residente o a su cónyuge o pareja reagrupada. En este caso debemos suponer que, al igual que con la reagrupación de menores, será necesario que se acredite el instrumento jurídico mediante el que se ha incapacitado al ascendiente, lo que en relación a determinados países puede ser difícil, cuando no imposible¹¹¹¹
- cuando el ascendiente no sea objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades; y
- cuando el ascendiente sea cónyuge o pareja del otro ascendiente, siempre que este último sea mayor de sesenta y cinco años. Mediante esta previsión, el legislador español da solución a aquellos casos en que uno de los ascendientes es mayor de sesenta y cinco años y el otro no; evitando con ello que se tenga que optar entre reagrupar a un solo ascendiente o esperar a que el de menor edad alcance los sesenta y cinco años.

En este caso, las solicitudes de autorización de residencia por reagrupación familiar podrán ser presentadas de forma conjunta, si bien la aplicación de la excepción del requisito de la edad respecto al ascendiente menor de sesenta y cinco años estará condicionada a que la autorización del otro ascendiente sea concedida.

De la literalidad del precepto se entiende que no se trata de una lista taxativa, pues la redacción del REX (“se considerará que concurren razones humanitarias, entre otros casos...”) deja abierta la posibilidad de que se aprecien otras circunstancias que también puedan dar lugar a la reagrupación de ascendientes menores de sesenta y cinco años. Dichas circunstancias deberán ser alegadas por el solicitante y valoradas por el órgano competente para su resolución¹¹¹². Lo que implica que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos anteriores, se incorpore aquí un grado de subjetividad elevado a favor de la Administración.

También aquí se contempla la posibilidad de que los ascendientes reagrupados obtengan una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido

¹¹¹⁰ Artículos 17.1.d) de la LOEX y 53.e) del REX.

¹¹¹¹ En este sentido, F. Franco Pantoja y J. Sánchez Ribas, *Reglamento de extranjería 2011*, cit., p.76.

¹¹¹² Que en este caso es la Dirección General de Inmigración (artículo 53.e) del REX).

una autorización para trabajar¹¹¹³. Ahora bien, la propia norma prevé una limitación a la posibilidad de reagrupación propia que esto implica.

En efecto, el artículo 17.2 de la LOEX establece que los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos económicos y de vivienda previstos. Pues bien, cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar después de obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica. Salvo que el ascendiente reagrupado tenga a su cargo a uno o más hijos menores de edad, o a hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de satisfacer sus propias necesidades debido a su estado de salud; en cuyo caso podrá ejercer el derecho de reagrupación en los mismos términos que los extranjeros que hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración¹¹¹⁴.

Todo lo visto hasta aquí nos lleva a concluir la conveniencia de adecuar los sistemas jurídicos a las exigencias de la nueva sociedad y de buscar soluciones más idóneas para afrontar de una mejor manera las situaciones a las que pueden llegar a enfrentarse la familia de un trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional cuando dicho desplazamiento se prolonga en el tiempo. En definitiva, una mayor apuesta por una normativa que parta de la realidad concreta y del conocimiento de los miembros que componen y representan la familia transnacional.

¹¹¹³ Artículo 59.5 del REX.

¹¹¹⁴ Artículo 17.2 y 3 de la LOEX.

1. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE

El protagonismo del DIPr en el análisis del régimen jurídico de la prestación transnacional de servicios es incuestionable. En tanto que esta disciplina regula aquellas situaciones cuyos elementos están afectados por una pluralidad y diversidad de sistemas jurídicos, se hace preciso incorporar a nuestro estudio los instrumentos jurídicos específicos de los que dispone; y más concretamente, las soluciones que se arbitran en las normas de DIPr para resolver los litigios y controversias que pueden plantearse en esta materia en relación con la competencia judicial internacional *–forum–*. Y es que el juez ante el que se presenta una demanda cuyo objeto contiene un componente extranjero debe disponer de los rudimentos normativos precisos para poder pronunciarse sobre su competencia o incompetencia en atención a las circunstancias concurrentes¹¹¹⁵.

En efecto, cuando un trabajador es destinado, en el marco de una prestación de servicios transnacional, a otro Estado miembro se genera una situación jurídica particular por la que una misma relación contractual es susceptible de ser conocida por varios sistemas jurisdiccionales y regulada por distintos ordenamientos jurídicos. Además, el hecho de que los jueces y tribunales de un Estado conozcan de una determinada controversia no conduce necesariamente a la aplicación del ordenamiento jurídico nacional, como tampoco el hecho de que se declaren incompetentes va a suponer que su Derecho interno no sea aplicado al supuesto litigioso por la jurisdicción extranjera que corresponda.

La ordenación de las reglas sobre determinación de la jurisdicción competente se caracteriza por estar contenida de una pluralidad de normas de distinto origen y alcance. Y es que el DIPr se nutre tanto de disposiciones de origen nacional como de normas de ámbito supranacional –destacando particularmente el caso europeo–, aprobadas sucesivamente en el tiempo y, por tanto, generalmente heterogéneas y descoordinadas entre sí. Lo cual pone de manifiesto “la doble naturaleza del Derecho internacional privado, la tensión entre sus ingredientes nacionales e internacionales y la contradicción íntima que configura la naturaleza de esta rama del Derecho”¹¹¹⁶.

Excedería los límites de esta investigación el análisis de todos los referentes normativos que disciplinan el tema de la competencia judicial internacional en materia de contratos, siquiera de contratos de trabajo. Motivo por el que nuestro estudio queda restringido al examen de las reglas establecidas para los litigios planteados en el ámbito de la prestación de servicios transnacional, aunque ello no obsta para que, por necesidades del discurso, haya que alegar otras cuestiones, más generales, para completar y apoyar

¹¹¹⁵ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 27.

¹¹¹⁶ J.A. Carrillo, *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 49.

nuestras reflexiones¹¹¹⁷. Así pues, en los siguientes apartados nos centraremos en el estudio de las siguientes normas de DIPr:

- a) de ámbito internacional europeo: Convenio de Bruselas¹¹¹⁸ (en adelante, CB), Convenio de Lugano¹¹¹⁹ (en adelante, CL), el conocido como Reglamento Bruselas I-bis¹¹²⁰ y la Directiva 96/71/CE;
- b) de origen interno o nacional: art. 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹¹²¹ (en adelante, LOPJ), y Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional¹¹²², cuyo estudio ya hemos abordado.

Veremos como los foros competenciales contenidos en estas normas mantienen un paralelismo importante, a pesar de ciertas matizaciones. Por ello, abordaremos su estudio atendiendo a los fueros coincidentes aplicables a la materia laboral, advirtiendo cuando sea preciso las disparidades existentes. Sólo excepcionaremos esta metodología para el análisis de los foros especiales contenidos en nuestro Derecho (LOPJ), dadas las diferencias sustanciales que existen con el resto de normas de competencia judicial internacional.

¹¹¹⁷ Para una visión general del tema de la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo, véase, entre otros, los trabajos de P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit.; y de P. Juárez Pérez, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2003.

¹¹¹⁸ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOUE C 189, de 28 de julio de 1990).

¹¹¹⁹ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007). Sustituye al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el 16 de septiembre de 1988 (DOUE L 319, de 25 de noviembre de 1988).

¹¹²⁰ Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012). Vino a sustituir al Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 12, de 16 de enero de 2001).

¹¹²¹ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

¹¹²² BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL A NIVEL EUROPEO

2.1 LA APLICACIÓN RESIDUAL DE LOS CONVENIOS DE BRUSELAS Y DE LUGANO

El 27 de septiembre de 1968 los seis Estados que por aquel entonces formaban la CE (Francia, Italia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Bélgica) firmaron en Bruselas el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que se irían adhiriendo nuevos Estados con ocasión de su integración en la UE¹¹²³. Resulta curioso que, a pesar de su título, lo cierto es que este Convenio también establece reglas aplicables para determinar la competencia judicial internacional en litigios planteados respecto de contratos individuales de trabajo.

Con idea de poder extender su contenido más allá de los límites de la UE¹¹²⁴, el 16 de septiembre de 1988, los Estados comunitarios firmaron un acuerdo internacional con la República de Islandia, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil por el que se ampliaba a dichos territorios la aplicación de las normas del CB¹¹²⁵. Precisamente, por su sentido inicial, el contenido del CL coincide prácticamente por entero con el del CB¹¹²⁶, lo que hace innecesario un análisis individualizado del mismo. La diferencia entre ambos estriba, pues, en la extensión de su ámbito de aplicación. Así, las reglas sobre competencia del CL se aplicarán cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado parte del mismo que no sea miembro, a su vez, de la UE -Islandia, Noruega y Suiza-, cuando los tribunales de alguno de estos Estados tengan competencia exclusiva en una determinada materia, o cuando las partes se

¹¹²³ En concreto, el 9 de octubre de 1978 lo hicieron Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca, el 25 de octubre de 1982 Grecia y el 26 de mayo de 1989 España, Portugal, dando lugar a sucesivas versiones del Convenio. El proceso de anexión culminó con el Convenio de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia, de 29 de noviembre de 1996 (DOUE C15, de 15 de enero de 1997) y que dio lugar a la versión consolidada del Convenio publicada en 1998 (DOUE C27, de 26 de enero de 1998). En detalle, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 36 y 37.

¹¹²⁴ En concreto, con los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), a excepción de Liechtenstein.

¹¹²⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (DOUE L 319, de 25 de noviembre de 1988). Entró en vigor el 1 de noviembre de 1994. Este Convenio ha sido sustituido por el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007). Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2010 (DOUE L 140, de 8 de junio de 2006) para la UE, Dinamarca y Noruega (DOUE L140/1, de 6 de junio de 2010) y el 1 de enero de 2011 para Suiza e Islandia (DOUE L138, de 26 de mayo de 2011).

¹¹²⁶ A excepción del art. 17 *in fine*, que sólo admite los convenios atributivos de competencia si son posteriores al nacimiento del litigio.

sometan a su jurisdicción¹¹²⁷.

Hechas las presentaciones, hemos de destacar un acontecimiento que cambiaría la suerte del CB. Y es que la ampliación de competencias producida con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam¹¹²⁸ posibilitó la conversión de dicho Convenio en un Reglamento comunitario¹¹²⁹; lo que a su vez permitió salvar su principal obstáculo: la necesidad de ratificación por los Estados para su entrada en vigor. Algo de particular relevancia teniendo en cuenta la sucesiva incorporación de nuevos Estados¹¹³⁰.

Sin embargo, como indica Menéndez Sebastián, dicha conversión no supuso una sucesión normativa plena, pues tanto el Reglamento (CE) 44/2001 como el posterior de 2012 han mantenido vivo el CB para concretar la competencia judicial en los territorios de los Estados miembros que entran en su ámbito de aplicación¹¹³¹ y que están excluidos del actual Reglamento en virtud del artículo 355 del TFUE¹¹³².

¹¹²⁷ Artículo 64 del CL.

¹¹²⁸ A. Borrás, *Derecho Internacional Privado y Tratado de Ámsterdam*, REDI, Núm. 2, 1999, pp. 399 y 400.

¹¹²⁹ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L12, de 16 de enero de 2001). Este Reglamento ha sido sustituido por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012), que entró en vigor el 10 de enero de 2015; y que, a su vez, ha sido modificado por el Reglamento (UE) n° 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux (DOUE L 163, de 29 de mayo de 2014).

¹¹³⁰ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 37 y 37.

¹¹³¹ Estos son los territorios de ultramar de la República Francesa y de las Antillas Neerlandesas. En detalle, P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 34 y 38.

Ese fue también el caso de Dinamarca hasta el 20 de diciembre de 2012. En el Tratado de Maastricht de 1992, Dinamarca obtuvo una cláusula de exención, denominada “*opt-out*”, por la cual el país no estaba obligado a entrar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (véase Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca, anexo al Tratado. En él se especificaba que en caso de que Dinamarca notificase que no participaría en la tercera fase, este país podría aplicar aquellas disposiciones de los Tratados que hiciesen referencia a una excepción. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:125061>).

El 3 de noviembre de 1993 este país notificó al Consejo su intención de no participar en esa tercera fase, motivo por el que se anexaron dos Protocolos al TUE y al TFUE (Véanse los Protocolos N° 16 y N° 22 sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca, DOUE C 326/287, de 26 de octubre de 2012). Pues bien, en virtud de los arts. 1 y 2 del Protocolo N° 22 Dinamarca no participó en la adopción del Reglamento 44/2001 y, por tanto, no quedaba vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación. No obstante, podía aplicar las modificaciones introducidas en dicho Reglamento, en virtud del art. 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 299/62, de 16 de noviembre de 2005). El 27 de abril de 2006, el acuerdo fue aprobado en nombre de la UE mediante la Decisión del Consejo 2006/325/CE que entró en vigor el 1 de julio de 2007 (DOUE L120/22, de 5 de mayo de 2006).

Pues bien, aunque en principio no le vincularía ni le sería de aplicación el nuevo Reglamento (UE) 1215/2012 (véase el Considerando 41 de la exposición de motivos del Reglamento), Dinamarca, al amparo del Acuerdo de 2005, notificó a la Comisión mediante carta de 20 de diciembre de 2012 (DOUE L79, de

Aunque este no es el único caso de supervivencia normativa. Y es que el nuevo Reglamento comunitario contempla las siguientes situaciones:

- a) aquellos convenios celebrados entre Estados miembros que regulen las mismas materias que el actual Reglamento (UE) 1215/2012 continuarán surtiendo sus efectos respecto de las materias a las que no se aplique éste¹¹³³.
- b) También seguirán vigentes los convenios de los que los Estados miembros sean parte, relativos a competencia judicial, reconocimiento o ejecución de resoluciones en materias particulares¹¹³⁴.
- c) Se mantiene igualmente la vigencia de los acuerdos por los que los Estados miembros se hubieran comprometido, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (CE) 44/2001, a reconocer una resolución dictada en otro Estado contratante de dicho acuerdo¹¹³⁵.
- d) Seguirán también vigentes los Convenios de Lugano de 2007 y de Nueva York de 1958¹¹³⁶.

21 de marzo de 2013), su decisión de aplicar el contenido de dicho Reglamento. Desde ese momento, las relaciones entre la UE y Dinamarca en materia de competencia judicial quedaron reguladas por las disposiciones del Reglamento 1215/2012.

¹¹³² Artículo 68.1 Reglamento (UE) 1215/2012.

¹¹³³ Arts. 69 y 70 *Ibidem*. A tal fin, se previó que la Comisión elaborase una lista de los Convenios que son sustituidos por este Reglamento en base a las comunicaciones que a la misma le realicen los Estados miembros. España ha notificado, que a los efectos del art. 69 quedan sustituidos por el presente Reglamento los siguientes instrumentos: Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969; Acuerdo de 25 de febrero de 1974 en forma de canje de notas por el que se interpretan los artículos 2 y 17 del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969; Convenio entre España e Italia sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil y Mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973; Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, firmado en Bonn el 14 de noviembre de 1983; Convenio entre Austria y España sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil firmado en Viena el 17 de febrero de 1984; Convenio entre el Reino de España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre Asistencia Jurídica, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles, firmado en Madrid el 4 de mayo de 1987, aún vigente entre la República Checa, Eslovaquia y España; Convenio de Asistencia Judicial en Materia Civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, firmado en Sofía el 23 de mayo de 1993; Convenio entre Rumanía y el Reino de España sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, firmado en Bucarest el 17 de noviembre de 1997. Véase la Información referente al artículo 76 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2015/C 4/02), publicada en el DOUE C4, de 9 de enero de 2015, donde se contiene la relación de convenios y acuerdos comunicados por los Estados miembros a la Comisión europea.

¹¹³⁴ Considerando 35 y art. 71 *Ibidem*.

¹¹³⁵ Artículo 72 *Ibidem*.

¹¹³⁶ Artículo 73.1 y 2 *Ibidem*.

e) Finalmente, se mantiene la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales celebrados entre terceros Estados y Estados miembros con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (CE) 44/2001 y que se refieran a materias reguladas en el actual Reglamento de 2012¹¹³⁷.

En consecuencia, dado que el propio Reglamento preserva su vigencia, este entramado de instrumentos jurídicos podrá ser aplicado cuando sea preciso solventar un problema de competencia judicial, de reconocimiento o de ejecución de resoluciones en los ámbitos de aplicación señalados.

2.2 EL REGLAMENTO (UE) 1215/2012

Desde el 10 de enero de este año 2015 en materia de determinación de la competencia judicial, resulta aplicable el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹¹³⁸, más conocido como Reglamento Bruselas I-bis¹¹³⁹ (en adelante, RBI-bis). Se trata de una norma de adaptación del RBI, en cumplimiento de los mandatos contenidos en los arts. 67 y 81 TFUE, y cuyo objetivo es mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia adoptando al efecto las medidas que en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusiones transfronterizas sean necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior¹¹⁴⁰.

Resulta, cuanto menos, ambigua la denominación utilizada por el legislador comunitario (que repite la empleada en el anterior Reglamento (CE) 44/2001) por cuanto, a pesar de hacer mención expresa a la materia civil y mercantil, lo cierto es que ni su regulación se limita a la competencia judicial en cuestiones estrictamente civiles y mercantiles, ni abarca la totalidad de las materias enunciadas¹¹⁴¹. Prueba de ello es que, al igual que sucedía con su antecesor, contiene foros especiales para determinar la competencia judicial internacional en litigios planteados respecto de contratos individuales de trabajo.

La trascendencia de este Reglamento es incuestionable, no sólo por sustituir al Reglamento (CE) 44/2001, sino porque abre nuevos escenarios, hasta ahora

¹¹³⁷ Considerando 36 y art. 73.3 *Ibidem*.

¹¹³⁸ DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

Aunque entró en vigor el 10 de enero de 2013, la propia norma estableció que no sería aplicable hasta el 10 de enero de 2015, a excepción de los artículos 75 y 76, que serían aplicables a partir del 10 de enero de 2014 (art. 81).

¹¹³⁹ Aunque también ha sido bautizado como "Reglamento Bruselas I refundido" o "nuevo Reglamento Bruselas I".

¹¹⁴⁰ Considerando 3 RBI-bis.

¹¹⁴¹ J.L. Sánchez Carrión, *Reglas determinantes de la competencia judicial internacional en materia laboral en el Derecho comunitario*, Temas Laborales, Núm. 65, 2002, pp. 30 y 31.

inexplorados, en materia de reconocimiento y ejecución, dotando a las resoluciones judiciales, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva y a las transacciones judiciales en las que haya intervenido alguna autoridad pública de un Estado miembro de eficacia inmediata en el resto de Estados miembros; lo que, en palabras de Durán Ayago, constituye un paso más en la conquista de la denominada “quinta libertad comunitaria”, la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo¹¹⁴².

Antes de continuar nuestro estudio y dado que el mismo va referido a una parcela muy concreta del ámbito laboral, creo conveniente aclarar que, sin perjuicio de alguna referencia adicional, en este trabajo vamos a prestar una mayor atención a las disposiciones del Reglamento que de algún modo afectan a las prestaciones de servicios transnacionales.

2.2.1 Ámbito de aplicación

De conformidad con el art. 81 del RBI-bis, sus normas sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones serían aplicables a partir del 10 de enero de 2015, es decir 24 meses después de su entrada en vigor, con las salvedades temporales y territoriales ya indicadas. En consecuencia, el nuevo régimen de competencia judicial internacional viene resultando aplicable a las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a esta fecha y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados oficialmente tras la misma¹¹⁴³. Esto implica que el RBI continuará aplicándose a las resoluciones judiciales dictadas a partir del 10 de enero del 2015, en respuesta a una acción ejercitada con anterioridad, siempre que en el Estado del foro estuviese vigente en el momento de iniciar la acción el CB, el Reglamento (UE) 44/2001, el de Lugano (según proceda) o un Convenio bilateral o multilateral relativo a esta materia que en todo caso vinculase a los dos Estados implicados¹¹⁴⁴. De este modo, se niega su aplicación retroactiva, como también ocurrió en su día con su antecesor, el RBI.

Ante ese panorama nos surge la siguiente duda: ¿a qué normativa habría de acudir si quisiéramos solicitar el reconocimiento o la ejecución de una resolución de fecha posterior al 10 de enero de 2015, dictada por el tribunal de un Estado miembro en respuesta a una acción ejercida con anterioridad a dicha fecha en Dinamarca? En este caso entendemos que deberíamos acudir al RBI por dos razones. En primer lugar porque encaja en el supuesto contemplado en el art. 66.2 RBI-bis. En segundo lugar, porque, aunque la acción hubiera sido ejercida en Dinamarca con anterioridad a esa fecha, o bien

¹¹⁴² A. Durán Ayago, *Europeización del Derecho Internacional Privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo*, Revista General de Derecho Europeo, Núm. 29, 2013, p. 4.

¹¹⁴³ Artículo 66 Reglamento (UE) 1215/2012.

¹¹⁴⁴ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 41.

regiría el CB (algo poco probable, ya que implicaría una fecha de ejercicio bastante lejana en el tiempo); o bien, en virtud del Acuerdo de 2005, se extenderían a este Estado las disposiciones del RBI¹¹⁴⁵. De esta manera, siguiendo el planteamiento de Menéndez Sebastián, se respetaría la lógica que sustenta las reglas de transitoriedad contempladas el RBI-bis; que no es otra que la resolución que se pretenda reconocer (o ejecutar en este caso) haya sido dictada atendiendo a las reglas de competencia judicial equiparables a las del nuevo Reglamento¹¹⁴⁶.

Por lo que respecta al ámbito material, el RBI-bis, siguiendo la senda de su antecesor, resulta de aplicación a las cuestiones de carácter civil y mercantil, aunque como indicábamos *supra*, también alcanza al contrato individual de trabajo; quedando expresamente excluidas de su campo de aplicación las materias fiscal, aduanera y administrativa, la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad, cuestiones relacionadas con el estatuto personal (estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, alimentos, testamentos y sucesiones), los pleitos comerciales (quiebra, convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos), el arbitraje y las cuestiones de seguridad social.

Señala Menéndez Sebastián que, aunque pudiera parecer que dichas exclusiones no afectan al contrato de trabajo (y por lo que a nuestro trabajo interesa, a las prestaciones de servicios transnacionales), las cuestiones relativas al estatuto personal sí pueden tener alguna repercusión en este ámbito. No debemos olvidar que para la válida formalización de un contrato es necesario que las partes (tanto el empresario como el trabajador) disfruten de capacidad suficiente para entender y querer aquello a lo que se obligan¹¹⁴⁷. Y aunque en la mayoría de los casos, en el ámbito de las prestaciones de servicios transnacionales, suelen ser otras las cuestiones de litigio deben tenerse en consideración los casos excepcionales en los que se cuestiona la existencia misma del contrato de trabajo por falta de capacidad de alguna de las partes. Pues bien, en estos supuestos, la solución dependerá en buena medida de los términos en los que se plantee el pleito. Así, si el demandante interpone la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado, o si presentada la demanda ante el tribunal del foro, el demandado alega la nulidad del contrato sin impugnar la competencia judicial del tribunal, la cuestión de capacidad solo entorpecerá la determinación de la ley aplicable, al poder declararse el juez competente por alguno de estos fueros generales (domicilio del demandado y sumisión tácita) sin tener que prejuzgar la naturaleza del vínculo¹¹⁴⁸. No ocurrirá lo mismo, sin embargo, si

¹¹⁴⁵ Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 299/62, de 16 de noviembre de 2005), que entró en vigor el 1 de julio de 2007 (DOUE L120/22, de 5 de mayo de 2006).

¹¹⁴⁶ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 41.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 201, citando a J. Carrascosa González, “Artículo 5.1”, en A.L. Calvo Caravaca (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 84 y 85.

el tribunal tiene que pronunciarse sobre su competencia aplicando las reglas específicas previstas para la sumisión expresa en la contratación laboral y alguna de las partes cuestiona la existencia misma del contrato de trabajo¹¹⁴⁹.

La jurisprudencia del TJCE soluciona buena parte de esta cuestión, al entender este tribunal que la aplicación de las reglas competenciales es ajena a la consideración que las partes hagan del vínculo¹¹⁵⁰. Esto es, el juez deberá estar al fin último del negocio; si éste es una prestación de servicios por cuenta ajena podrá concretar su competencia a través de los foros especiales en materia laboral, con independencia del pronunciamiento final sobre la existencia o validez del contrato. Lo que hace que un juez pueda pronunciarse sobre su competencia conforme a las reglas especiales en materia laboral no es la existencia de un contrato de trabajo válidamente formalizado, sino la presencia de una efectiva prestación de servicios en los términos expuestos, o si ésta no ha llegado a realizarse, su concertación para su realización futura¹¹⁵¹. Es decir, si existe una mínima apariencia de laboralidad en la relación que une a las partes podrá el juez aplicar las reglas competenciales propias de esta materia, con independencia de que los litigantes se cuestionen la validez del negocio por falta de capacidad. Y sólo cuando perciba una disconformidad seria con la existencia del contrato de trabajo podrá entrar en el fondo del asunto para valorar la naturaleza del vínculo, pronunciándose sobre su competencia en base a las reglas generales en materia laboral¹¹⁵².

Tras este breve, pero, a nuestro parecer, interesante inciso retomemos el análisis del campo de aplicación material del RBI-bis.

Es cierto que, en principio, este Reglamento no resulta aplicable a los supuestos de desplazamiento temporal transnacional de trabajadores, pues supone ésta una materia en la que rigen reglas comunitarias (y nacionales de transposición) específicas. Sin embargo, el propio RBI-bis señala que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos (art. 67). La pregunta, pues, surge sola, ¿cómo se articulan entonces las reglas especiales y las generales sobre competencia judicial en este tipo de desplazamientos? Aunque sobre este aspecto volveremos más adelante, podemos avanzar ya que, en materia de competencia judicial internacional, la normativa específica sobre el desplazamiento de trabajadores (es decir, la actual Directiva 2014/67/UE) tiene como finalidad autorizar a los tribunales del Estado de acogida para conocer de los asuntos que se substancien en relación con cualquier aspecto

¹¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹¹⁵⁰ STJCE de 4 de marzo de 1982, *Effer* (asunto 38/81).

¹¹⁵¹ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 202.

¹¹⁵² M. Guzmán Zapater, *El art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, RIE, Vol. 12, Núm. 2, 1985, pp. 416 y 417.

del desplazamiento (y no en general de la relación contractual). En este sentido, si el proceso se refiere a un elemento de la relación contractual ajeno a esta circunstancia sólo serían competentes los tribunales de ese Estado si lo son conforme a las reglas generales de competencia judicial (es decir, RBI-bis, CB, CL o Convenios bilaterales, según corresponda).

Lo que pretende en definitiva la normativa específica sobre trabajadores desplazados es completar la laguna dejada en este punto por la normativa general sobre competencia judicial internacional, admitiendo que se entable la demanda ante los tribunales del Estado de acogida, sin perjuicio de la posibilidad de interponerla en otro Estado a resultas de la aplicación de las reglas generales sobre competencia judicial. *Sensu contrario*, si la normativa general hubiese incorporado reglas específicas para el desplazamiento temporal transnacional de trabajadores no hubiese sido necesario elaborar una Directiva específica¹¹⁵³.

2.2.2 Foros competenciales

Las normas sobre competencia judicial que contempla el RBI-bis se aplican, en principio, siempre que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro¹¹⁵⁴. De manera que cuando esta circunstancia no se cumpla, se estará por regla general a lo dispuesto en las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. Sin embargo, al objeto de garantizar, entre otros aspectos, la protección de los trabajadores y la autonomía de las partes, determinadas normas competenciales contempladas en este Reglamento deberán aplicarse con independencia del domicilio del demandado¹¹⁵⁵. Algo que se pone pronto de manifiesto al abordar la lectura de este Reglamento, pues ya en el art. 6.1 se establece la aplicación prioritaria de lo dispuesto en los arts. 18.1 (en materia de consumidores), 21.2 (en materia de contrato de trabajo), 24 (competencias exclusivas) y 25 (prórroga de la competencia) cuando el demandado esté domiciliado en un tercer Estado. Para conocer los motivos de esta imposición de reglas debemos remontarnos a los trabajos preparatorios que se llevaron a cabo para acometer la reforma del RBI¹¹⁵⁶ y a la propia

¹¹⁵³ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 150 y 151.

¹¹⁵⁴ Considerando 13 RBI-bis.

¹¹⁵⁵ Considerando 14 RBI-bis.

¹¹⁵⁶ B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, (Estudio JLS/C4/2005/03), Septiembre de 2007. Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf; A. Nuyts, *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States' rules concerning the "residual jurisdiction" of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, (contrato de servicio con la Comisión europea JLS/C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37), Julio de 2007, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf; GHK, *Study to inform an impact assessment on the ratification of the Hague Convention on choice of court agreements by the European Community*, Diciembre de 2007. Disponible en:

Propuesta de Reglamento que presentó la Comisión en 2010¹¹⁵⁷, en donde se planteó la extensión de las normas de competencia judicial internacional a los demandados domiciliados en terceros países¹¹⁵⁸.

No entraremos a analizar aquí las circunstancias en las que se llevó a cabo dicho proceso, pues nos alejaríamos demasiado de nuestro objeto de estudio, por lo que baste decir que la negativa del Parlamento Europeo a muchos de los cambios propuestos, postura que fue respaldada además por el Consejo¹¹⁵⁹, llevó a que el nuevo Reglamento finalmente adoptado fuera menos ambicioso de lo que en un principio se pretendió¹¹⁶⁰; y a que, en consecuencia, la aplicación de las normas de competencia judicial internacional siguiese dependiendo, con carácter general, de quién resulte ser el demandante y quién el demandado¹¹⁶¹.

De esa forma, el RBI-bis vuelve a sustentar (al igual que lo hiciera a su predecesor) como principio competencial fundamental, el sometimiento a la jurisdicción del Estado miembro donde el demandado tenga establecido su domicilio¹¹⁶²; eso sí, exceptuando aquellos casos concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifica la utilización de otro criterio. Con ello se pretende evitar que una persona sea demandada frente un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/ia_choice_courts_agreement_en.pdf.

¹¹⁵⁷ COM (2010) 748 final, de 14 de diciembre de 2010. La propuesta se acompañó de una evaluación de impacto, SEC (2010) 1547 final, de idéntica fecha.

¹¹⁵⁸ Esta opción se contempló como un medio para mejorar la protección de las consideradas como partes débiles en los contratos de seguro, consumo y trabajo, en cumplimiento de la pauta introducida en el Considerando 18 del propio RBI-bis. Véase, B. Campuzano Díaz, *La normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Núm. 28, 2014, p. 17.

¹¹⁵⁹ Véase, Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), de 28 de junio de 2011, Ponente T. Zwielfka, (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)); Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)); Consejo de la UE 2010/0383 (COD) 10609/12 ADD 1 JUSTCIV 209, CODEC 1495, de 01 de junio de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Consejo de la UE, 10760/12, PRESSE 241, PR CO 34, 317, de 07 de agosto de 2012, sobre Justicia y Asuntos internos.

¹¹⁶⁰ Para un estudio en profundidad sobre el proceso de reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 véase, B. Campuzano Díaz, *La normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, cit., pp. 1-35.

¹¹⁶¹ B. Campuzano Díaz, *La normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, cit., p. 10.

¹¹⁶² Sobre los motivos que llevaron en su día, dentro del CB (origen del actual RBI-bis), a elegir el domicilio y no otros puntos como la residencia habitual, puede consultarse M. Guzmán Zapater, *El art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, cit., p. 405.

prever razonablemente¹¹⁶³.

Por lo que respecta a la competencia judicial en materia de contrato de trabajo, la Sección 5 del Reglamento contiene las reglas para su determinación. Y, aunque, a continuación analizaremos cada una de ellas, resulta claro, tras una primera lectura, que su contenido responde a la idea de protección de la parte débil que el propio RBI-bis recoge en su preámbulo (considerando 18). Pues, además de contemplar varios foros de competencia judicial internacional cuando es esta parte la que actúa como demandante y una solución restrictiva, limitada con carácter general al domicilio del demandado, cuando es la demandada, se otorgan una serie de facilidades “extras” al trabajador, como son la asimilación de sedes empresariales secundarias al domicilio del empleador, o la posibilidad limitada para los acuerdos de foro¹¹⁶⁴. Analicemos pues cada una de estas normas competenciales. Simplemente aclarar que con idea de presentar estos foros de la manera más clara posible alteraremos un poco el orden establecido en el Reglamento europeo.

La primera de estas reglas, que paradójicamente es la que cierra la Sección, dispone que únicamente prevalecerán sobre el resto de normas (se entiende aquellas que integran la Sección 5), los acuerdos atributivos de competencia que sean posteriores al nacimiento del litigio, o que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados por ellas¹¹⁶⁵. Este foro competencial resulta, por tanto, exclusivo y excluyente de todos los demás, salvo que el acuerdo contradiga las reglas establecidas para la sumisión. El abanico protector de la denominada parte débil se pone de manifiesto en esta primera posibilidad, al establecerse que el tribunal al que las partes decidan válidamente someter el asunto, antes de asumir la competencia en virtud de dicho acuerdo, habrá de informar al trabajador de su derecho a impugnar la competencia del tribunal y de las consecuencias de la comparecencia y contestación a la demanda¹¹⁶⁶. Y es que, en tanto que puede determinar la competencia del tribunal para conocer del litigio en cuestión, el acuerdo de sumisión expresa puede quedar invalidado si el demandado se presenta en el foro (de un Estado miembro) en el que se interpuso la demanda y no alega su incompetencia, es decir, si acata (o lo que es lo mismo, asume tácitamente) la competencia del tribunal ante el que el demandante ha decidido

¹¹⁶³ Considerando 15 RBI-bis.

¹¹⁶⁴ Véase, B. Campuzano Díaz, *La normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, cit., p. 17.

¹¹⁶⁵ Artículo 23 RBI-bis. Véase también el art. 25.1 y 25.4 RBI-bis.

¹¹⁶⁶ Artículo 26.2 RBI-bis. Sobre el foro de sumisión tácita en el Reglamento (UE) 1215/2012, véase B. Campuzano Díaz, *La normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, cit., pp. 13 y 17.

Dicha protección de la parte débil también se extiende al ámbito de la litispendencia, pues las normas de actuación previstas para el supuesto de que se presenten varias demandas sobre un mismo asunto en tribunales de varios Estados miembros (art. 31.2 y 31.3 RBI-bis) quedan excepcionadas cuando el demandante sea el trabajador (art. 31.4 RBI-bis).

Esta protección llega incluso al área de la eficacia extraterritorial de resoluciones, donde se incorpora la posibilidad de controlar la competencia del juez de origen en relación con los contratos de trabajo (art. 45.1.e) RBI-bis).

interponer la demanda. Con esta protección adicional otorgada al trabajador demandado se pretende que si éste asume tácitamente la competencia del tribunal elegido por el empresario demandante es claramente porque le resulta más cómodo litigar en el territorio elegido por el empresario¹¹⁶⁷.

En segundo lugar, en el supuesto de que no exista dicha elección de foro o ésta no sea válida de acuerdo con lo anterior y cuando la parte demandada sea el empresario, el Reglamento hace una distinción en función de dónde esté domiciliado.

Así, si el empresario está domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado bien ante los tribunales de dicho Estado¹¹⁶⁸, bien ante los tribunales de otro en función de las siguientes circunstancias¹¹⁶⁹. En primer lugar, si el trabajador desempeña o ha desempeñado habitualmente su prestación en un único Estado, podrá presentar su demanda ante los tribunales del lugar habitual de trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo hubiera desempeñado¹¹⁷⁰. En segundo lugar, en el caso de que el trabajador no haya realizado su actividad de forma habitual en un único Estado, el empresario podrá ser demandado ante el tribunal del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que empleó al trabajador demandante¹¹⁷¹. Nótese que en este segundo supuesto, el verbo escogido por el legislador no es casual. La norma establece “lugar que *empleó* al trabajador “ y no “lugar que *contrató* al trabajador”. Matiz que encaja perfectamente en una prestación de servicios transnacional.

También son varias las opciones que se contemplan para el supuesto en el que el empresario demandado no esté domiciliado en un Estado miembro. En primer lugar, se plantea la posibilidad de que el empresario posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, en cuyo caso se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de dichos lugares, que el empresario tiene su domicilio en ese Estado miembro¹¹⁷². Puesto que en este supuesto el litigio ha de tener relación directa con esos establecimientos, ¿qué ocurriría en el supuesto de que este empresario no posea establecimiento alguno en un Estado miembro? Pensemos, por ejemplo, que una empresa neoyorquina, que tiene una sucursal en Italia, desplaza a un trabajador desde NY a Francia, ¿qué tribunal sería competente para conocer del asunto si la cuestión litigiosa deriva de su estancia en Francia, en donde la empresa no posee sucursal alguna y no de la sucursal italiana? En esta segunda opción parece pensar el legislador al contemplar la posibilidad de demandar a este tipo de empresario (que no está domiciliado en un Estado miembro y que tampoco posee establecimiento en alguno

¹¹⁶⁷ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 68.

¹¹⁶⁸ Art 21.1 a) RBI-bis.

¹¹⁶⁹ Art 21.1 b) RBI-bis.

¹¹⁷⁰ Art 21.1 b) i) RBI-bis.

¹¹⁷¹ Art 21.1 b) ii) RBI-bis.

¹¹⁷² Artículo 20.2 RBI-bis.

de ellos) en un Estado miembro conforme a las reglas del art. 21.1 b)¹¹⁷³. Es decir, podrá ser demandado ante los tribunales del lugar habitual de trabajo del demandante o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que el trabajador lo hubiera desempeñado. Opción que no encaja en el supuesto que hemos planteado, puesto que atendiendo a las características de las prestaciones de servicios transnacionales, el lugar habitual sería NY. Por ello, hubiera sido más preciso que el legislador hubiera ceñido la posibilidad de demandar a este empresario ante el tribunal del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que empleó al trabajador demandante, en nuestro caso, Francia.

Para el supuesto de que la demanda se dirigiera contra más de un empresario (y todos ellos estuvieran domiciliados en un Estado miembro), en cumplimiento de lo establecido en el artículo que encabeza la Sección 5¹¹⁷⁴, podrá presentarse ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente¹¹⁷⁵. Por el caso de que alguno o ninguno de ellos estuviera domiciliado en un Estado miembro se estaría a lo establecido en las reglas que ya hemos analizado.

Cuando el demandado es el trabajador, las posibilidades de elección del tribunal se recortan sensiblemente. Tanto que, salvo que exista un pacto válido de sumisión expresa, el trabajador únicamente podrá ser demandado ante los tribunales del Estado donde se encuentre su domicilio¹¹⁷⁶. No obstante, existe otra posibilidad contemplada por esta norma europea: la reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial conforme a las reglas analizadas. De manera que, no existiendo pacto de sumisión expresa, es posible que el empresario se convierta a su vez en actor ante un tribunal europeo distinto al del domicilio del trabajador si reconviene la demanda que éste haya podido entablar¹¹⁷⁷.

No debíamos concluir este apartado sin mencionar el carácter provisional y particular de las normas de competencia judicial internacional contempladas en el RBI-bis¹¹⁷⁸. Y es que como señala Campuzano Díaz, aunque los Reglamentos de la UE suelen recoger disposiciones relativas a su revisión, no es habitual que vengán referidos a un aspecto concreto, tal y como se hace en el Reglamento 1215/2012; en cuyo art. 79 se afirma que, a más tardar el 11 de enero de 2022, la Comisión deberá presentar un informe sobre su aplicación, que incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación

¹¹⁷³ Artículo 21.2 RBI-bis.

¹¹⁷⁴ Artículo 20.1 RBI-bis.

¹¹⁷⁵ Artículo 8.1 RBI-bis.

¹¹⁷⁶ Artículo 22.1 RBI-bis.

¹¹⁷⁷ Artículo 22.2 RBI-bis.

¹¹⁷⁸ B. Campuzano Díaz, *La normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, cit., pp. 25-28.

de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del mismo y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. Lo que en opinión de dicha jurista viene a evidenciar las dudas del propio legislador europeo acerca de la solución adoptada en materia de competencia judicial internacional¹¹⁷⁹.

2.3 EL FORO ESPECIAL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE TRABAJADORES DESPLAZADOS

Partiendo de la base de que la Directiva 96/71/CE tiene como objeto el establecimiento de las bases para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que impidan la desigualdad de trato en supuestos de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, y que la actual 2014/67/UE establece una serie de medidas para mejorar la aplicación y el cumplimiento de la anterior; lo cierto es que en sus respectivos articulados contienen referencias de DIPr, tanto en materia de derecho aplicable, como precisamente de competencia judicial internacional, para la que se habilita un foro especial dirigido a salvaguardar el derecho a esas condiciones de trabajo reconocido en el art. 3 de la Directiva 96/71/CE¹¹⁸⁰.

Es cierto que entre los foros de competencia establecidos en el actual RBI-bis parece haberse pensado en la especial circunstancia que se plantea en el caso de un desplazamiento transnacional temporal de un trabajador: la multiplicidad de lugares de ejecución en la relación laboral, a tenor de la posibilidad establecida en el art. 21.1 b) ii) del Reglamento. Sin embargo, debemos tener presente, que las normas sobre competencia judicial que estaban vigentes en el momento en el que se elaboró la Directiva 96/71/CE no cubrían convenientemente estos particulares desplazamientos de trabajadores, pues, como señaló en su momento Fotinopolou Basurko, contemplaban de manera insuficiente el recurso al *locus laboris*¹¹⁸¹. Y es que normalmente (salvo que las partes decidiesen someterse voluntariamente a los tribunales de otro Estado miembro a través de un acuerdo atributivo de competencia), atendiendo a dichas pautas (domicilio del demandado, lugar de ejecución habitual del trabajo, lugar de establecimiento de la empresa) serían los tribunales del Estado de origen los que conocieran del asunto. De ahí que el art. 6 de la Directiva 96/71/CE añadiese un nuevo foro a los ya existentes:

“A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁸⁰ P. Juárez Pérez, *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado*, cit., p. 1264.

¹¹⁸¹ O. Fotinopolou Basurko, “Mecanismos de tutela judicial”, en M.E Casas Bahamonde y S. Del Rey Guanter (Dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, cit., p. 241.

miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial”.

Este precepto de la Directiva europea no sólo vino a cubrir las lagunas que el art. 5.1 CB (y por extensión art. 5.1 CL) dejaba, dada la especial circunstancia que se plantea en el caso de un desplazamiento transnacional temporal de un trabajador: multiplicidad de lugares de ejecución en la relación laboral; sino que también complementaría la regulación competencial venidera. Tal fue el caso en primer lugar del Reglamento 44/2001 (sucesor del CB), que, aunque introdujo mejoras técnicas positivas¹¹⁸², no incorporó el criterio establecido en la Directiva europea, perdiéndose así la posibilidad de incluir en un Reglamento comunitario un foro de competencia para el supuesto del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional¹¹⁸³; y posteriormente del Reglamento 1215/2012, que, a pesar de ser más ambicioso que su predecesor, tampoco contempló esta posibilidad.

No debemos olvidar en este punto a la nueva Directiva 2014/67/UE, que aunque como ella misma señala no tiene por objeto establecer normas armonizadas sobre competencia judicial (Considerando 46), vuelve a emplear la fórmula “sin perjuicio de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros establecida, en particular, en los instrumentos del Derecho de la Unión o los convenios internacionales pertinentes” (art. 11.2); recalcando así que se trata de un foro alternativo, que no sustitutivo de los contenidos en los instrumentos institucionales y convencionales aplicables en la materia¹¹⁸⁴.

¿Cómo se articula entonces la relación entre este foro especial y los contemplados en el resto de normas sobre competencia judicial internacional? La respuesta es fácil: la Directiva europea cohabita con las reglas generales sobre competencia judicial, desplazándolas para dar entrada a *su* foro especial en caso de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (transnacional).

El foro de la Directiva sobre desplazamientos temporales de trabajadores tiene como única intención autorizar a los tribunales del Estado de acogida para conocer de los asuntos que se substancien en relación con cualquier aspecto del desplazamiento y no en general de la relación contractual. Si el proceso se refiere a un elemento de la relación contractual ajeno a esta circunstancia sólo serán competentes los tribunales de otro

¹¹⁸² Como el establecimiento en materia laboral de una noción autónoma del domicilio de las personas jurídicas; o la incorporación de las diversas interpretaciones que ha efectuado el TJCE sobre el concepto de “lugar habitual”. *Ibidem*, p. 239.

¹¹⁸³ Sobre los motivos por los que el criterio del art. 6 Directiva 96/71/CE no se incluyeron en el texto del RBI, véase M. Aguilar Benítez de Lugo y A. Rodríguez Benot, *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura*, REDI, vol. 50, Núm. 2, 1998, nota 48, p. 47.

¹¹⁸⁴ Algo que ya dejaba muy claro la literalidad del propio art. 6: “sin perjuicio de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial”.

Estado si lo son conforme a las reglas generales de competencia judicial internacional¹¹⁸⁵.

No podíamos concluir este epígrafe sin reflejar un curioso aspecto puesto de manifiesto por Molina Martín, cual es la identificación de los sujetos legitimados para alegar este foro alternativo, toda vez que la Directiva europea no deja claro si se refiere sólo al trabajador, al empresario o a ambos¹¹⁸⁶. *A priori*, cabría plantear que esta norma proporciona este nuevo foro de competencia del lugar de prestación temporal de servicios sólo al trabajador apelando al objetivo tuitivo que se expresa en su art. 6¹¹⁸⁷. No obstante, no parece que extender la legitimación a favor del empresario llegue a desvirtuar esa orientación, por lo que, suscribiendo el planteamiento de Molina Martín, entendemos posible que el foro del lugar de destino pueda ser invocado por ambas partes.

3. LA NORMATIVA AUTÓNOMA SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO 25 LOPJ

Antes de adentrarnos en el análisis de los foros competenciales establecidos en esta disposición conozcamos brevemente las principales características de nuestro sistema.

La aplicación de nuestro sistema autónomo sobre conflicto de jurisdicciones se produce en defecto de Convenio internacional aplicable¹¹⁸⁸, de ahí que sólo cuando no resulten aplicables las normas de los Tratados internacionales en materia de competencia judicial podremos acudir a nuestra reglamentación interna; en concreto al art. 25.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹¹⁸⁹ (en adelante, LOPJ), que determina la competencia de los tribunales españoles en conflictos derivados del contrato de trabajo con elemento internacional. De ahí que su aplicación resulte casi residual en la práctica¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁵ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 150 y 151.

¹¹⁸⁶ A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 115.

¹¹⁸⁷ Así lo habilita literalmente este precepto: “a fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3”. Esta es la interpretación que hacen P. Juárez Pérez, *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, cit., p. 1268 y ss.; y B. Gutiérrez-Solar Calvo, *Tráfico intracomunitario e trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios*, cit., p. 32.

¹¹⁸⁸ Art. 95 CE y art. 21 LOPJ.

¹¹⁸⁹ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

¹¹⁹⁰ De manera que sólo cuando el demandado esté domiciliado en un tercer Estado al que no le resulten aplicables las normas internacionales analizadas, ni ningún Convenio bilateral firmado con nuestro país; cuando además no posea en Europa sucursal, agencia o establecimiento de cuya explotación traiga causa el litigio; y cuando tampoco exista acuerdo de sumisión a los tribunales españoles en los términos analizados, podrán conocer del asunto los tribunales de nuestro país en base al art. 25 LOPJ. Véase, P.

Debemos tener presente también que las normas contenidas en la LOPJ son de carácter unilateral, es decir, determinan cuándo son competentes los tribunales españoles y cuándo no, pero no indican cuándo son competentes los tribunales de otros Estados¹¹⁹¹.

Por otro lado, nuestra Ley Orgánica efectúa una atribución genérica a los tribunales españoles, motivo por el que, una vez afirmada la competencia de nuestros tribunales para conocer de un determinado asunto, debemos acudir a las normas de competencia territorial interna (en nuestro caso, a la LPL)¹¹⁹².

Por lo que respecta a la atribución de competencia a la jurisdicción social para juzgar aspectos del contrato de trabajo con elemento extranjero, el art. 25.1 LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; también cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española (cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato); y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de una oferta recibida en España por un trabajador español.

La doctrina¹¹⁹³ y la jurisprudencia¹¹⁹⁴ han puesto reiteradamente de manifiesto que se trata de foros alternativos, pero inderogables. Es decir, no existe entre ellos relación de jerarquía o preferencia alguna, por lo que el juez español podrá arrogarse competencia por la concurrencia de cualquiera de las causas mencionadas. Además, en el orden social no es admisible la elección, ni expresa ni tácita, de la jurisdicción competente, a

Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 90.

¹¹⁹¹ O. Fotinopolou Basurko, “Mecanismos de tutela judicial”, cit., p. 244, quien señala la lógica de esta afirmación sobre la base de que nuestro sistema autónomo no puede incidir en lo sistemas sobre competencia judicial internacional de otros Estados.

De ahí que el art. 16.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 de Noviembre de 1999), encargada de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva 96/71/CE, se remita a las reglas contenidas en la LPL (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995) para la atribución de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles del orden social, como veremos más adelante.

Entre otros, M.E. Zábalo Escudero, *La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo*, REDI, Núm. 2, vol. 38, 1986, p. 627; P. Juárez Pérez, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, cit., p. 181; P. Rivas Vallejo, *Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales*, Actualidad Laboral, Núm. 5, vol.1, 2007, p. 557-583; y Y. Maneiro Vázquez, *Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales*, Dereito, ISSN 1132-9947, vol. 18, Núm. 2, 2009, p. 18.

¹¹⁹⁴ Sirva de ejemplo la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 1998, en cuyo F.D. tercero se señala: “En un supuesto, como el presente, de aplicabilidad exclusiva de la LOPJ, por inexistencia de normas internacionales que puedan entrar en juego, debe concluirse manteniendo la nulidad de la cláusula de sumisión expresa de las partes a los Tribunales extranjeros, cuando del art. 25 de la LOPJ se deduce con toda evidencia la competencia de los españoles, pues esa norma es imperativa y, no habiendo establecido la posibilidad de este tipo de cláusulas, ha de entenderse que la atribución de competencia a la jurisdicción española no es materia disponible por la voluntad de los contratantes”.

diferencia del orden civil en donde, por el contrario, la *derogatio fori* sí tiene cabida (art. 22.2 LOPJ).

Entrando en materia, el art. 25.1 LOPJ determina, en primer lugar, la competencia del orden social español cuando la prestación de servicios se haya realizado en España, con independencia, por tanto de su nacionalidad de las partes y de su domicilio. Procede entender, en principio, que se trata de una regla aplicable sólo cuando España sea el país de destino del destacamento internacional del trabajador. Sin embargo, Menéndez Sebastián y Molina Martín introducen otro enfoque en atención a la literalidad del precepto. Entiende la jurista que la forma verbal empleada por el legislador (“cuando los servicios *se hayan prestado* en España”) da pie a que también pueda determinarse la competencia de los tribunales españoles para conocer de un asunto de movilidad externa de trabajadores con origen en nuestro país. De manera que cabría extender dicha competencia a cualquier litigio planteado en el marco de una prestación de servicios que en algún momento se haya desarrollado en España¹¹⁹⁵.

Por lo que respecta a la competencia de la jurisdicción española del orden social cuando el contrato se haya celebrado en territorio español puede plantear algún que otro problema cuando el contrato no se haya formalizado por escrito o ha venido precedido de tratos preliminares acaecidos en un lugar diferente¹¹⁹⁶. Situación ésta última en la que habría de tenerse presente el art. 1262 CC en donde se establece que el contrato se entenderá celebrado en el lugar en el que se haya realizado la oferta (criterio que, por cierto, es el que se recoge para el contrato de embarque establecido en el propio art. 25.1 LOPJ).

Señala Menéndez Sebastián que la posible inconveniencia de este foro queda salvada por la realidad de los litigios laborales, ya que en la mayoría de los procesos judiciales laborales, el demandado es el empresario, de manera que esta regla termina por conceder al trabajador un foro más en el que presentar la demanda. Lo que no obsta para que el legislador hubiera incorporado algún tipo de indicación al respecto¹¹⁹⁷.

En tercer lugar, la extensión de la jurisdicción española y de su orden social alcanza también a la resolución de litigios sobre derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en nuestro país. Resulta evidente que la llamada que hace la norma a esos “establecimientos” viene referida al empresario demandado. Ahora bien, eso no implica que este foro aluda únicamente al empleador y

¹¹⁹⁵ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 92; y A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 107.

¹¹⁹⁶ P. Juárez Pérez, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, cit., p. 159.

¹¹⁹⁷ P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 93.

no contemple, por tanto, al trabajador demandado¹¹⁹⁸; pues el punto de conexión establecido es el domicilio del demandado, al que el legislador ha equiparado los establecimientos que el empresario posea en nuestro país para, a nuestro parecer, otorgar otro foro adicional al trabajador demandante.

Ha sido criticado por la doctrina que nuestra jurisdicción pueda resultar competente sólo porque una determinada empresa tenga una agencia, delegación, sucursal o cualquier otro tipo de representación en nuestro país¹¹⁹⁹. Sin embargo, el que no se condicione la entrada de la competencia de los tribunales españoles a que el litigio planteado derive de la explotación de una delegación en España no hace sino otorgar una mayor protección al trabajador demandante. Además, coincidiendo con Menéndez Sebastián, al disponer el empresario demandado de un establecimiento en nuestro país no le ha de resultar excesivamente traumático obligarle a litigar aquí¹²⁰⁰.

Por otro lado, los jueces y tribunales españoles del orden social también serán competentes para conocer del asunto cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, con independencia del lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato. Como no podía ser de otro modo, para la concreción de la nacionalidad española se estará a lo establecido al respecto en el CC¹²⁰¹.

La última de las reglas que, conforme a lo dispuesto en el art. 25.1 LOPJ, permite a los tribunales españoles conocer de un asunto requiere de la concurrencia de tres circunstancias: que el trabajador sea español, que reciba en España la oferta de empleo y que se trate de un contrato de embarque. Resulta claro que se trata de un foro protector de los trabajadores del mar, sin embargo, esto no significa que no pueda ser alegado también por el empresario siempre que concurren los requisitos expuestos¹²⁰².

La jurisprudencia ha venido a establecer que la oferta que se realiza al trabajador ha de ser completa. No resultando válidos, por tanto, los tratos preliminares para dar entrada a esta regla competencial. En este sentido, será preciso que el empresario manifieste al trabajador su voluntad de contratarle y le ofrezca una oferta que contenga todos los elementos esenciales del contrato, que permitan al destinatario conocer cabalmente las condiciones ofrecidas¹²⁰³. Es necesario además que esta oferta pueda acreditarse, de manera que, sin la debida certificación de su contenido, esta regla no entrará en funcionamiento.

¹¹⁹⁸ Opinión que sostienen P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 94; y A. Molina Martín, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, cit., p. 108.

¹¹⁹⁹ En este sentido, A. Molina Martín, *Ibidem*; J.C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2015, p. 50.

¹²⁰⁰ P. Menéndez Sebastián, *Ibidem*.

¹²⁰¹ Arts. 17 a 26 CC.

¹²⁰² P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., p. 96.

¹²⁰³ STS de 11 de julio de 1970, SSTSJ de Galicia de 16 de febrero de 1994, y de 13 de octubre de 2001.

Primera.- La globalización –entendida como el proceso de apertura, integración e interdependencia de las economías nacionales a escala mundial en el que cobran importancia y se incrementan los movimientos económicos internacionales de mercancías, servicios, capitales y personas, por efecto del avance en transportes y tecnología, las nuevas relaciones económicas y las políticas nacionales e internacionales- ha generado un nuevo escenario mundial que ha obligado a las empresas a modificar su forma de producir para poder competir en él. Dicho de otro modo, este fenómeno ha posicionado la transnacionalidad como punto de referencia del comportamiento económico-empresarial.

En este escenario, la preocupación por la competitividad internacional de la empresa se sitúa en primer plano, convirtiéndose en el bien supremo al que se subordinan los demás. El aumento de la competitividad en el mercado mundial ejerce una enorme presión a las empresas, y las soluciones encontradas por ellas producen cambios en el modelo clásico de organización empresarial, lo que inevitablemente ha repercutido, a su vez, en el sistema de relaciones laborales que hasta la década de los ochenta había tenido lugar.

En el marco de relaciones socio-económicas supranacionales, la empresa puede decidir llevar a cabo la expansión de su actividad acudiendo a la contratación de trabajadores en el país de destino, o bien, implementar su estrategia de internacionalización a través de la “exportación” de trabajadores de plantilla del país de origen, lo que ocurre, cada vez, con mayor frecuencia. Y es que la introducción o modificación de cláusulas contractuales referidas a movilidad geográfica temporal se ha mostrado como una medida óptima para mantener niveles estables de competencia, puesto que no implica alteraciones en la estructura organizativa de la empresa y conviene más a los trabajadores de cara a la conservación de su puesto de trabajo.

Esa flexibilidad de carácter funcional –en el sentido de utilización más eficaz de los trabajadores de acuerdo con las necesidades de la producción- repercute de manera directa en el desarrollo de desplazamientos transnacionales de trabajadores. Y es que los avances tecnológicos y el desarrollo de las comunicaciones y de los transportes han facilitado la ejecución del trabajo en el extranjero. La incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones de trabajo ha minimizado además las inevitables molestias que trae consigo la movilidad geográfica internacional de trabajadores, al tiempo que ha facilitado funcional, logística y económicamente el desarrollo de la actividad productiva.

Estos argumentos no viene más que a refrendar que la globalización económica ha sido y es un factor determinante en el desenvolvimiento de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Sin embargo, no sería riguroso sostener que la globalización es condición *sine qua non* para el desarrollo de experiencias de trabajo temporal en el

extranjero. No obstante, no ha lugar a dudas, que el desarrollo y expansión de la primera facilitan la puesta en práctica de las segundas.

Estos planteamientos adquieren, sin embargo, connotaciones diferentes en el contexto de la UE. Y es que el ámbito europeo no se limita a reproducir a nivel regional las transformaciones resultantes de los nuevos planteamientos impuestos por la globalización económica. La existencia de un Mercado Interior y las libertades sobre las que se sustenta han hecho posible afrontar el reto de la globalización -que a pesar de las oportunidades que implicaba, suponía también un aumento de la competencia sobre las empresas europeas- sin perder de vista la dimensión social del mismo. Y es que “Mercado Interior” y “modelo social” forman parte de la misma realidad y son interdependientes.

Es cierto, sin embargo, que desde la puesta en marcha del mercado único, no todas las libertades de circulación han avanzado al mismo ritmo. En este sentido, mercancías, capitales, y recientemente los servicios, han concentrado los principales esfuerzos; mientras que la libre circulación de personas ha tenido un desarrollo más lento, lo que ha devenido en un desequilibrio entre el avance del mercado interior y el avance de la Europa social.

En este panorama, el desplazamiento de trabajadores -vinculado como hemos visto tanto a la libertad de circulación de trabajadores como a la de prestación de servicios- se constituye como un elemento clave para la consolidación del mercado interior europeo, pues, sin la posibilidad de desplazar trabajadores, las empresas europeas no efectuarían gran parte de las prestaciones de servicios entre Estados miembros. A pesar de ello, esta manifestación de movilidad geográfica laboral adolece de una incompleta regulación jurídica, pues no es capaz de responder de manera eficaz y proporcionada a los desafíos que le son inherentes. La existencia de 28 ordenamientos laborales y la carencia de un verdadero derecho del trabajo armonizado repercute negativamente tanto en los países y empresas implicadas, como en los trabajadores temporalmente desplazados.

Es por ello que, a pesar de los logros obtenidos, el mercado único europeo tiene todavía un enorme potencial para convertirse en un verdadero mercado abierto, integrado, innovador y competitivo que estimule el crecimiento económico; beneficie directamente a trabajadores, empresarios y consumidores; y que sitúe a Europa en una posición desde la que pueda responder y adaptarse mejor a los desafíos de la globalización.

Segunda.- Un entorno cada vez más globalizado exige unas normas cada vez más globalizadas. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea este planteamiento queda condicionado por el proceso de integración económica que supone la implantación del mercado común.

En materia social, el Derecho Europeo se caracteriza por tender a la intervención

mínima e imprescindible, tratando de conseguir con ello la compatibilidad entre la realización del mercado interior y el respeto de las legislaciones nacionales. Por ello, en la política social comunitaria resulta irrefutable que la Directiva ha sido y es el motor de desarrollo de la misma. Y es que tiene la virtud de ser el instrumento jurídico que mejor se ha adaptado a las necesidades de flexibilidad requeridas por los procesos de convergencia en materia de política social.

Las diferencias entre los modelos de relaciones laborales de unos y otros países resulta tan acentuada, se encuentra tan enraizada en la historia y la cultura de cada país, que muy probablemente podría resultar contraproducente a estas alturas cualquier intento de forzar una unidad de regímenes, que por lo demás no pasaría de ser meramente formal. Por ello, desde el inicio de la política social comunitaria ha primado la consecución del consenso respecto de los objetivos a perseguir, relativizándose el hecho de que cada Estado optara por alcanzarlo a través de unos u otros medios. Y, justamente, a tal efecto, la Directiva comunitaria se ha mostrado como la herramienta más útil para esta forma de trabajar conjuntamente.

Sin embargo, en la materia que centra este estudio, precisamente esas diferencias y disparidades en la manera de implementar y aplicar la Directiva 96/71/CE han hecho muy difícil, si no imposible, la creación del marco necesario de competencia leal para los prestadores de servicios, por un lado, y la garantía de que los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios disfrutasen del mismo nivel de protección establecido por la norma en el conjunto de la Unión Europea, por otro. Aspectos ambos que constituyen las dos caras de la moneda del Mercado único europeo.

El tiempo dirá, no obstante, si la nueva y ambiciosa Directiva 2014/67/UE consigue o no alcanzar de manera simultánea tales objetivos.

Tercera.- El fenómeno de la globalización, que ha marcado una reestructuración de las relaciones económicas internacionales, la reorganización del aparato productivo, o el desarrollo de las tecnologías de comunicación y de transporte, entre otros factores, han roto el marco en el que venía interpretándose la movilidad laboral de forma que no es posible referirse de modo unívoco a la misma.

Es un hecho que los desplazamientos para el empleo han sido sustituidos por una movilidad en el empleo, donde el factor predominante no es la iniciativa del trabajador, sino el cumplimiento de una orden empresarial en el ejercicio de poderes ordinarios de dirección y/o de organización del trabajo en la empresa.

En este sentido, el concepto de movilidad geográfica internacional de trabajadores ha pasado a agrupar un conjunto de situaciones caracterizadas por la aparición de determinados elementos de extranjería en el transcurso de una relación laboral preexistente y aunque resulta claro que las prestaciones de servicios transnacionales

quedan enmarcadas en esa realidad versátil, debemos tener presente que estamos ante una figura con particularidades propias que la diferencian de otros supuestos de movilidad internacional.

Cuarta.- La Directiva 96/71/CE no regula la ley aplicable a los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Y, en tanto que norma destinada a garantizar el cumplimiento de otra, la Directiva 2014/67/Unión Europea tampoco.

Tampoco es una norma de conflicto, ni una disposición que armonice las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Esta Directiva europea se limita a cifrar un núcleo mínimo de disposiciones de la normativa del Estado de desplazamiento, que deben ser respetadas por el prestador de servicios que desplace a él a sus trabajadores, con independencia de la ley que resulte aplicable al contrato individual de trabajo, la cual se determinará conforme a las reglas establecidas en el RRI.

En aquellos aspectos en los que se descubra que ni el contrato, ni la ley por la que éste se rige conceden al trabajador desplazado una protección, al menos equivalente a la otorgada por los instrumentos normativos del Estado de destino, la Directiva 96/71/CE ordena que éste último dé efecto, cualquiera que sea la ley declarada aplicable al contrato de trabajo y junto con ella, a sus disposiciones normativas.

Quinta.- La Directiva 2014/67/UE mejora significativamente el marco regulatorio de las situaciones de desplazamiento temporal, definiendo una serie de elementos fácticos para mejorar la implementación y el seguimiento del concepto de desplazamiento, a fin de evitar el abuso y la elusión del derecho establecido; potenciando la cooperación entre Estados Miembros; y, estableciendo la ejecución transfronteriza de sanciones administrativas.

Sexta.- La regulación de las prestaciones de servicios transnacionales en el ordenamiento jurídico español es incompleta, fragmentada e inespecífica.

En primer lugar, se trata de una regulación incompleta porque no hay ningún texto normativo que, por sí, sólo, se consagre a la ordenación jurídica integral de estos desplazamientos de trabajadores. Ni siquiera un análisis sistémico de este conjunto de normas ofrece respuesta a todos los interrogantes que se plantean en la materia.

Además, ésta es una regulación que se encuentra fragmentada. En este sentido, existen varios textos normativos vigentes que se ocupan, separadamente, de ordenar distintos aspectos del régimen jurídico de la prestación temporal de servicios en el extranjero, y en los que constan normas de naturaleza diversa y, sobre todo, con diferente ámbito de aplicación sobre el particular –tanto laborales y de Seguridad Social, como normas privadas internacionales, por citar algunas de las más representativas-.

Por último, la regulación es asimismo inespecífica porque, en la mayoría de los casos, no se limita a la ordenación de los fenómenos de transnacionalidad de las prestaciones de servicios, sino que la configuración del ámbito de aplicación de cada norma comprende otros supuestos de trabajo en el extranjero que exceden los límites de nuestro objeto de estudio.

Séptima.- El desplazamiento de un trabajador repercute en su ámbito privado más inmediato: la familia.

Es inevitable que el desplazamiento producido en el marco de una prestación de servicios transnacional repercuta de algún modo en la esfera personal del trabajador movilizado; especialmente, cuando la duración de aquél se prolongue en el tiempo.

El desplazamiento transnacional implica la separación física del núcleo familiar, o lo que es lo mismo, la fragmentación de la familia, aunque sea de manera temporal.

El principal impacto que este desplazamiento provoca en esta esfera privada del trabajador, se produce fundamentalmente sobre la organización familiar en el ámbito de su vida cotidiana, es decir, en el ámbito doméstico. La salida de un miembro de la familia se concibe como un cambio estructural interno que obliga a una redefinición de roles para cubrir las necesidades afectivas y las actividades llevadas a cabo por dicho sujeto hasta ese momento. En relación a las primeras, aunque el traslado supone distancia física, no implica necesariamente una salida o ausencia real, máxime teniendo presente la sociedad tecnológica en la que vivimos. Sin embargo, por lo que respecta a las tareas físicas que realizara el trabajador, necesariamente, han de ser cubiertas por otra persona.

Por ello, en aquellos casos en los que la duración del desplazamiento sea tal que pueda impactar con fuerza en esta esfera privada, el trabajador, más que un distanciamiento profesional, sufre un desplazamiento vital. Por ello, no parece adecuado que la articulación del régimen jurídico en situaciones de trabajo temporal en el extranjero se lleve a cabo sin tomar en consideración la interconexión de la vida laboral, personal y familiar del trabajador desplazado.

AA.VV. (C. Esplugues Mota, Coord.), *Contratación internacional*, ISBN 9788480028516, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, ISBN 84-8417-021-7, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2000.

AA.VV. (Obra colectiva del Grupo de los Miércoles), *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, ISBN 9974-2-0354-6, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

AA.VV. (S. Del Rey Guanter, Dir.), *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, ISBN 9788484171287, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

AA.VV, Ponencia presentada en XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: La Constitución Europea y las Relaciones Laborales, celebradas en Málaga en 2003. Disponibles en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_251.pdf

AA.VV (E. Borrajo Dacruz, Dir.), *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, ISBN 84-9725-535-6, La ley, Madrid, 2004.

AA.VV (E. Borrajo Dacruz, Dir.), *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, ISBN 84-9725-535-6, La ley, Madrid, 2004.

AA.VV. (R. Escudero Calvo, Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, ISBN 8484565505, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. J., Coord.) *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, ISBN 978-84-96889-12-5, Cinca, Madrid, 2008.

AA.VV. (M.L. Molero Marañón y F. Valdés Dal-Re, Dirs.), *Comentarios a la ley de empresas de trabajo temporal*, ISBN 9788481262971, La Ley, Madrid, 2009.

AA.VV, *Historia del Instituto español de Emigración*, ISBN 978-84-8417-336-6, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

AA.VV. (F.J. Goerlich, Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de La competencia: Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, ISBN 9788481883237, CES, Madrid 2011.

AA.VV., *Free movements of workers and Labour Market Adjustment. Recent Experiences from OECD Countries and the European Union*, ISBN 978-92-78-40855-8, OCDE, Junio de 2012. Disponible en:
http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/free-movement-of-workers-and-labour-market-adjustment_9789264177185-en

AA.VV, Documentos de la UE sobre la familia, Selección de textos, Instituto de Política Familiar, Madrid, 2013. Disponible en:
https://www.google.es/search?q=Documentos+de+la+UE+sobre+la+familia&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=UdviVZ2KOIXdUc_-rsAB#

AA.VV., *Anuario de la inmigración en España (2013). Inmigración y Emigración: mitos y realidades*, CIDOB, E-ISSN 2385-4987, Barcelona 2014.

ABARCA JUNCO, A. P. y GÓMEZ JENE, M., *De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004*, Revista Española de Derecho del Trabajo, ISSN 0212-6095, Núm. 126, 2005, pp. 119-132.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura*, REDI, ISSN 0034-9380, vol. 50, Núm. 2, 1998, pp. 35-68.

AGUILAR GRIEDER, H., “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento Roma I”, en AA.VV. (A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Dirs.), *La unión Europea ante el reto de la globalización*, ISBN 978-84-8342-113-0, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60.

AGUILAR GRIEDER, H., Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*, Cuadernos de Derecho Transnacional, ISSN 1989-4570, Vol. 6, Núm. 1, 2014, pp. 45-67.

ALEMÁN PÁEZ, F., *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, ISBN 8430936866, Tecnos, Madrid, 2001.

ALFONSO MELLADO, C.L., *Constitución, Tratados internacionales y Derecho del Trabajo*, Lex Social RJDS, ISSN-e 2174-6419, Vol. 5, Núm. 1, pp. 1-88.

ALGAR JIMÉNEZ, C. *El Derecho Laboral antes el reto de las nuevas tecnologías*, ISBN 9788496705203, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

ALONSO BRAVO, M., “Derechos sociales y libertades económicas en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, en D.J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega (Dirs.) *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, ISBN 978-84-95308-42-8, CES Castilla y León, Valladolid, 2009, p. 713-745. Edición electrónica disponible en: www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 19ª Ed., ISBN 9788447016884, Civitas, Madrid, 2001.

ÁLVAREZ BARBEITO, P. Y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, ISBN 978-84-9745-448-3, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Al fin ya se ha hecho realidad la obligatoriedad de la convención de las naciones unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Documento de trabajo, Universidad de León, 2003. Disponible en:

<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2257/Aurelia.pdf?sequence=1>

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., La Transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración, Documentos CIDOB-Serie Migraciones, ISSN 1697-7734, Núm. 8, 2006. Disponible en: <http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/transposiciondedirectivas>

APARICIO CHOFRE, A., *La aplicación de la directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, cinco años después*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, ISSN 1133-7087, Núm. 57, 2006, pp. 143-162.

ARBONÉS LAPENA, H.I., *Algunas consideraciones sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas*, Jurisdicción Social, Núm. 152, enero 2015, pp. 64-80. Disponible en:

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.juecesdemocracia.es%2FREVISTASWORD%2F2015%2FJS-152.15.doc&ei=rpbcVI6sLYTzauPygIAE&usg=AFQjCNFSZYn_aXrdUm7CGXWM0xNVI7Ip_Q&bvm=bv.85761416,d.d2s

ASÍN CABRERA, M.A., *Reagrupación familiar y modelos de familia en la Unión Europea*, en *Fronteras exteriores de la U.E. e inmigración a España: relaciones*

internacionales y derecho, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Núm. 33, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 153-174.

AUBY, J.B., *Globalización y descentralización*, Revista de Administración Pública, ISSN 0034-7639, Núm. 156, 2001, pp. 7-22.

AYUSO MOZAS, R., *Globalización, Descentralización y Trabajadores desplazados en la Unión Europea*, Europeans Review, Núm. 1, 2008, pp. 1-16. Disponible en: <http://web.ieeiweb.eu/images/ER/n1/n1.pdf>

BAEZA SANJUÁN, R., *Una aproximación a la emigración española hacia Europa en los años cincuenta desde la perspectiva de la Organización Sindical Española (OSE)*, Arbor CLXX, 669 (Septiembre 2001), pp. 181-199.

BARTLETT, C.A. y GHOSHAL, S. *La empresa sin fronteras. La solución transnacional*, ISBN 84-7615-678-2, McGraw Hill, Madrid, 1991.

BELOHLÁVEK, A.J., *Rome Convention- Rome I Regulation*, ISBN 978-1-57823-322-9, Juris Publishing, Inc., Huntington (NY), 2011.

BELTRÁN MIRALLES, S., *Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, Actualidad Laboral, ISSN 02137097, Núm. 2, 2000, p. 319-333.

BERNAL PULIDO, C., *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, ISBN 84-259-1234-2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BLASI CASAGRAN, C., *La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*, ISBN 978-84-95201-29-4, Cuadernos de trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos, Núm. 51, Barcelona, 2010.

BLAT GIMENO, F., *El marco socioeconómico de la descentralización productiva*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, ISBN 8484420183, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BLONDEL, J.L., *La globalización: análisis del fenómeno y de sus incidencias para la acción humanitaria*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 855, Septiembre 2004. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/66kjpl.htm>

BONOMI, A., *The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations-Some General Remarks*, Yearbook of Private International Law, Vol. X, ISBN 978-3-86653-856-6, Sellier, European Law Publishers, 2008, pp. 165-176.

BORJAS, G.J., *Labor Economics*, ISBN 9780073511368, 5ª. ed., McGraw-Hill-Irvin, Boston, 2010.

BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al Derecho de Trabajo*, ISBN 9788430959464, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

BORRÁS, A., *Derecho Internacional Privado y Tratado de Ámsterdam*, REDI, ISSN 0034-9380, Núm. 2, 1999, pp. 383-426.

BORRÁS, A., *Un nuevo marco jurídico para la conclusión de convenios de derecho internacional privado entre estados miembros y terceros estados en materias "comunitarizadas"*, Noticias de la Unión europea, ISSN 1133-8660, Núm. 315, 2011, pp. 119-126.

BOYER, R., *Flexibilidades del trabajo: Formas contrastadas, efectos mal conocidos*, Trabajo y Sociedad, ISSN 1514-6871, Vol. 12, Núm. 1, 1987, pp. 123-149.

BUENAGA CEBALLOS, O., *La familia y la Seguridad Social*, ISBN 9788490850428, Dykinson, Madrid, 2014.

BURGOS, J.M., "Hacia un nuevo modelo de familia", en GALLEGO, J.A. y PÉREZ ADÁN, J. (Eds.), *Pensar la familia*, ISBN 84-8239-583-1, Palabra, Madrid, 2001, pp. 75-101.

BURGOS, J.M., *Diagnóstico sobre la familia*, ISBN 9788482398488, Palabra, Madrid, 2004.

CALVO CARAVACA, A.L., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, Cuadernos de Derecho Transnacional, ISSN 1989-4570, Vol. 1, Núm. 2, pp. 52-133.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo*, Noticias de la Unión Europea, ISSN 1133-8660, Núm. 186, CISS, Valencia, 2000, pp. 87-102.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Libre circulación de trabajadores*, en *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, ISBN 84-7879-766-1, Colex, Madrid, 2003, pp. 220-231.

CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Derecho internacional privado*, ISBN 9788490451809, 15a. ed., Comares, Granada, 2015.

CAPARRÓN RUIZ, A., *La movilidad laboral externa en España*, ISBN 9788495118813, Mergablum Edición y Comunicación S.L., Sevilla, 2003.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, ISBN 9788483421901, Colex, Madrid, 2009.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo*, Relaciones Laborales, ISSN 0213-0556, Vol. II, 1993, pp. 382-407.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Art. 5.1”, en A.L. Calvo Caravaca (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, ISBN 84-340-0722-3, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 77-101.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI*, Anales de Derecho (Universidad de Murcia), ISSN 1989-5992, Núm. 22, 2004, pp. 17-58.

CARRILLO POZO, L. F., *Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera (A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 11 de febrero)*, Aranzadi Social, ISSN 1131-5369, Núm. 5, 2003, pp. 949-980.

CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3a ed., ISBN 84-309-0987-7, Tecnos, Madrid, 1983.

CASAS BAAMONDE, M.E., *Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Núm. 2, 1993, pp. 66-78.

CASAS BAAMONDE, M.E., *Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social*, Relaciones Laborales, ISSN 0213-0556, Núm.1, 1993, pp. 49-58.

CASAS BAAMONDE, M.E., *Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma*, Relaciones laborales, ISSN 0213-0556, Núm.1, 1994, pp. 3-12.

CASAS BAAMONDE, M.E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, ISBN 9788447016167, Civitas, Madrid, 2001.

CASAS BAHAMONDE, M.E. y DEL REY GUANTER, S., *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, ISBN 84-8188-167-8, 1ª edición, CES, Colección de Estudios, Núm. 128, Madrid, 2002.

CASAS BAAMONDE, M.E., *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Tomo I, 2004, p. 141 y ss.

CAVAS MARTÍNEZ, F., *Globalización y relaciones laborales*, ISSN 18866611, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. I, Núm. 3, enero 2008, pp. 202-209.

CEINOS SUÁREZ, A., Y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *Globalización del trabajo y códigos de conducta de empresas multinacionales del sector textil*, en

CHUECA SANCHO, A.G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, ISBN 978-84-7676-536-4, Bosh, Barcelona, 1999.

CLARKSON, C.M.V., JAFFEY, A.J.E., HILL, J., *The Conflict of Laws*, ISBN 9780199289134, Oxford University Press, 2006.

CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *El desplazamiento de trabajadores en la UE como fórmula de movilidad geográfica en el empleo*, SPCS-Documento de trabajo 2013/7, ISSN 1988-1118, UCLM. Disponible en:

<https://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2013/7.pdf>

CONTRERAS HERNÁNDEZ, O., *Desplazamiento de trabajadores asalariados en el marco de la libre prestación de servicios en la Unión Europea*, Rev. IUS, ISSN 1870-2147, vol.8, Núm. 33, 2014. Disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1870-214720140001&lng=es&nrm=iso

CRUZ VILLALÓN, J., *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Revista de trabajo y Seguridad social, ISSN 1132-8584, Núm. 13, 1994, pp. 7-33

CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, ISBN 84-8417-021-7, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pp. 249-326.

CRUZ VILLALÓN, J. (en colaboración con T. Pérez del Río), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, ISBN 84-309-3624-6, Tecnos, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, Vol. VI, Madrid, 2000.

CRUZ VILLALÓN, J. (en colaboración con P. Rodríguez-Ramos Velasco y R. Gómez Gordillo), *Estatuto de los Trabajadores comentado*, ISBN 84-309-3949-0, Tecnos, Madrid, 2003.

DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, *Industrial Law Journal*, ISSN 1464-3669, Núm. 31, 2002, pp. 298-306.

DAVOLI, A., *La protección de los datos personales*, Fichas técnicas sobre la UE, Junio, 2015. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.8.pdf

DE JUAN JUAN, A., *Expatriados europeos: La imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, ISSN 1137-5868, Núm. 27, 2000, pp. 167-176.

DE JUAN JUAN, A., *Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e 1696-9626, Núm. 4, Noviembre-2003.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea*, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, Núm. 29, septiembre 2011, pp. 67-89

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones*, *La Ley*, ISSN 1989-6913, Núm. 8013, 2013, pp. 1-19.

DE VICENTE PACHÉS, F., *Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato en otro Estado miembro. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 23 de noviembre de 1999*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, Núm. 27, Febrero 2000, pp. 235-249.

DEL CAMPO URBANO, S., *La "nueva" familia española*, ISBN 9788477540731, Eudema Universidad, Madrid, 1991, pp. 15-30.

DEL VALLE GÁLVEZ, J.A., *La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, en *Derecho comunitario material*, ISBN 8448127730, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 41-48.

DESDENTADO BONETE, A., *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, ISSN 1137-5868, Núm. 64, 2006, pp. 19-39.

DICEY, A.V., MORRIS J.H.C., y COLLINS, L., *The conflict of laws*, 15ª ed., ISBN 978-0-414-02453-3, Sweet & Maxwell, Londres, 2012.

DICKINSON, A., *Third-country mandatory rules in the law applicable to contractual obligations: so long, farewell, auf wiedersehen, adieu?*, Journal of private international law , ISSN-e 1757-8418, Vol 3, Núm.1, Abril 2007, pp. 53-88.

DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ISBN 8473983203, Civitas, Madrid, 1984.

DURÁN AYAGO, A., *Europeización del derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo*, Revista General de Derecho Europeo, ISSN-e 1696-9634, Núm. 29, 2013, pp. 1-55.

DURÁN LÓPEZ, F., *Globalización y relaciones de trabajo*, Revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, Núm. 92, 1998, pp. 689-888.

EDITORIAL, *Panorama de la globalización y el papel de los Estados-Nación en las relaciones laborales*, Revista de Derecho Social, ISSN 1138-8692, Núm. 20, Bomarzo, 2002.

EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, ISBN 978-84-8444-668-2, Comares, Albolote (Granada), 2003.

ERMIDA URIARTE, O., *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, Iuslabor, ISSN-e 1699-2938, Núm. 1, 2007, pp. 1-17.

ERMIDA URIARTE, O. y COLOTUZZO, N., *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*, ISBN 978-92-2-322233-8, OIT, Lima, 2009. Disponible en: http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/e_studio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf

ERMIDA URIARTE, O., *Deslocalización, globalización y relaciones laborales*, Relaciones laborales, Núm. 21, 2010 , pp. 39-59.

ESCUADERO PRIETO, A., “El impacto de la Directiva 2006/123/CE sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores. La reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre en materia Laboral y de Seguridad Social”, en D.J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega (Dir.) *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, ISBN 978-84-95308-42-8, CES Castilla y León, Valladolid, 2009, pp. 749-787. Edición electrónica disponible en: www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php

ESCUADERO RODRÍGUEZ, J.R., “Teletrabajo”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, ISBN 84-8417-021-7, X

Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2000, p. 761-872.

ESPADA RAMOS, M.L., *Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia*, Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, Núm. 35, 2001, pp. 23-57.

ESPÍN ALBA, I., “Nacionalidad y emigración en la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (Reflexiones en clave de política legislativa)”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, ISBN 84-8371-522-8, Vol. 1, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, pp. 1523-1538.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS GARDE, S. Y VERDEAL DURÁN, J., *Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores*, Revista ICE, Ministerio de Economía y Competitividad, ISSN 2340-8790, Núm. 839, 2007, pp. 103-111. Disponible en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_839_103-111__0C0108790E8D3F68A36E3301A52FB9A6.pdf

ESTEBAN DE LA ROSA, F., *El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, ISSN 0212-8217, Núm. 7, 2004, pp. 369-396. Disponible en: http://www.ugr.es/~festeban/documentos/RFDUG_SOCIEDADES_FICTICIAS.pdf

ESTEBAN DE LA ROSA, G. Y MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores; reglas y prácticas*, ISBN 9788484444916, Comares, Granada, 2002.

FERNÁNDEZ-ARRESTO, F., *1492: El nacimiento de la modernidad*, ISBN 9788483068588, Debate- Random House Mondadori, Barcelona, 2010.

FERNÁNDEZ-COSTALEZ MUÑIZ, J., *La determinación de la normativa aplicable en el proceso social español en los litigios surgidos en el marco de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Alegación y prueba del derecho extranjero*, Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, Núm. 10, 2006, pp. 207-274.

Disponible en:

http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1211289379792/Redaccion

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, ISBN 978-84-470-5054-3, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2015.

FERRADANS CAMARÉS, C., *La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Núm. 86, 2006, pp. 97-132.

FERRARI, F., LEIBLE, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, ISBN 978-3-86653-115-4, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009.

FLORES RODRÍGUEZ, J., *Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11*, La Ley, ISSN 2341-0566, Núm. Nº 8363, julio-2014.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Trabajo Internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, ISBN 84-9767-609-2, Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2006.

FRANCO CARRASCO, A. Y RIVAS FLORES, M., “La Familia en el Código Civil Español y en el Código Marroquí de Estatuto Personal: Algunos Aspectos para la Reflexión en el Ámbito de la Inmigración”, en *Fórum Internacional Sobre Flujos Migratorios Entre el Magreb y España*, ISBN 84-95499-58-4, Universidad de Sevilla, 2002, p. 1. Disponible en: <http://www.documentacion.edex.es/docs/1308fracfam.pdf>

FRANCO PANTOJA, F. y SÁNCHEZ RIBAS, J., *Reglamento de extranjería 2011*, ISBN 978-84-9898-347-0, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FRANZINA, P., *Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*, Cuadernos De Derecho Transnacional, ISSN 1989-4570, Vol. 1, Núm. 1, 2009, pp. 92-101.

FUERTES GONZÁLEZ, F., *Figuras habituales en el desplazamiento de empleados a Portugal, Commuters, expatriados virtuales y expatriados a corto plazo*, Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos, ISSN 1130-8117, Año nº 15, Núm. 152, 2002 , pp. 64-69.

GALIANA MORENO, J. M., *El ámbito personal del Derecho de la emigración*, ISBN 9788450071658, Ministerio de Trabajo, Instituto Español de Emigración, Madrid, 1975.

GÁLVEZ MONTES, F. J. “Artículo 42”, en AA.VV. (GARRIDO FALLA, F., Dir.), *Comentarios a la Constitución*, ISBN 9788447016808, 3a ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 871-877.

GÁRATE CASTRO, J., *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, ISBN 978-84-8004-992-4, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

GÁRATE CASTRO, J., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, ISBN 978-84-9903-858-2, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., *Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas*, La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención, Núm. 3, 2000, pp. 6-27. Disponible en:

https://www.fraternidad.com/previene/es-ES/revista/REVISTA-LA-MUTUA-NUMERO-3_3.html

GARCÍA ECHEVARRÍA, S., *La globalización de la economía como motor de cambio económico-social y empresarial*, Situación: revista de coyuntura económica, ISSN: 0213-2273 , Núm. 3, 1996, pp. 5-20.

GARCÍA NINET, J. I. “La movilidad de los trabajadores: consideraciones en torno al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T. et al.), *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*, ISBN 9788460026938, Universidad de Alicante y Caja de Ahorros Provincial de Alicante, Alicante, 1982, pp. 97-140.

GARCÍA NINET, J.I. Y VICENTE PALACIO, A., *la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ISSN 1137-5868, Núm. 27: Derecho social internacional y comunitario, 2000, p.p. 13-42.

GARCÍA-PERROTE, I., *Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, ISSN 0212-6095, Núm. 138, 2008, pp. 313-324.

GILBAJA CABRERO, E., *La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista de Derecho Político, ISSN 0210-7562, Núm. 91, septiembre-diciembre 2014, pp. 303-340

GÓMEZ CABALLERO, P., “La libre circulación de los trabajadores comunitarios. Los desplazamientos temporales de los trabajadores”, en *Manual de derecho social de la Unión Europea* (COSTA REYES, A., Coord.), ISBN 978-84-309-5194-9, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 85-126.

GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. Y FERNÁNDEZ PRIETO, L., *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, IESE Business School, Centro Anselmo Rubiralta de Globalización y Estrategia, Universidad de Navarra, 2005. Disponible en: <http://myslide.es/documents/iese-expatriacion.html>

GÓMEZ MUÑOZ, J.M., “El marco institucional y normativo del modelo social Europeo”, en Antonio Costa Reyes (Coord.), *Manual de derecho social de la Unión Europea*, ISBN 978-84-309-5194-9, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 35-83.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M., Y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T., *La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea*, en AA.VV. (Coord. J. Cruz Villalón, y T. Pérez del Río), *Una aproximación al derecho social comunitario*, ISBN 84-309-3624-6, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 31-56.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ISBN 9788497671446, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., La emigración desde España, una migración de retorno (ARI), Real Instituto Elcano, 2012. Disponible en:
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTENT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari4-2012

GREEN BASCH, L., GLICK SCHILLER, N., Y SZANTON BLANC, C., *Nations unbound: transnational projects, postcolonial predicaments, and deterritorialized nation-states*, ISBN 978-2881246302, Gordon and Breach, Langhorne (Pensilvania, USA), 1994.

GUARDANS I CAMBÓ, I. *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, ISBN 84-7016-771-5, Aranzadi, Pamplona, 1992.

GURYANOVA, K. y DE JUAN JUAN, A., *Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de Extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados). Comentario a algunos aspectos del Real Decreto 2393/2004*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN 1696-9626, Núm. 13, 2007.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *Tráfico intracomunitario e trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios*, Actualidad Laboral, ISSN 0213-7097, Núm. 1, 2000, p. 13-37.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, ISBN 84-8410-519-9, Aranzadi, Navarra, 2000.

GUZMÁN ZAPATER, M., *El art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, RIE, ISSN 0210-0924, Vol. 12, Núm. 2, 1985, pp. 399-428.

GUZMÁN ZAPATER, M., *El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo*

y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo: Régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo, Aranzadi civil: revista quincenal, ISSN 1133-0198, Núm. 2, 2009, pp. 2257-2286.

HARDILL, I., *Gender, migration and the dual career household. International Studies of Women and Place*, ISBN 978-0415695824, Routledge, Londres, 2012.

HUCKS U. y O'REAGAN, S., *eWork in Europe: the EMERGENCE 18-Country Employer Survey*, ISBN 978-1-85184-309-1, IES, Eastbourne (Sussex, UK), 2001.

Disponible en: <http://www.employment-studies.co.uk/resource/ework-europe>

IRIARTE ÁNGEL, J.M., *El contrato de trabajo internacional. Algunas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, ISBN 84-309-3681-5, Universidad del País Vasco, 2001, pp. 97-132.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. J., "Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales", en *Idem.* (Dir.), *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, ISBN 84-96518-42-6, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

JIMENO FELIÚ, J.M., El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición, Observatorio de Contratación Pública, marzo, 2015.

Disponible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.191/recategoria.208/relmenu.3/chk.b124558896f43f2d2997a872b828b959>

JUÁREZ PÉREZ, P., *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado*, Relaciones Laborales, ISSN 0213-0556, Núm. 1, 1999, pp. 1260-1283

JUÁREZ PÉREZ, P. *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, ISBN 9788484446231, Comares, Granada, 2003.

KOLEHMAINEN, E., *The directive concerning the posting of workers: synchronization of the functions of national legal systems*, Comparative Labor Law & Policy Journal, ISSN 1095-6654, vol. 20, Issue 1, 1998, pp. 71-98.

LA SPINA, E., *La transformación de la esfera familiar desde el Derecho de extranjería español*, REDUR, ISSN 1695-078X, Núm. 11, diciembre, 2013, pp. 35-54.

LA SPINA, E., *Familias transnacionales, Sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, ISBN 978-84-15454-89-2, Dykinson, Madrid, 2011.

LA SPINA, E., *La familia transnacional como factor de transformaciones socioeconómicas, políticas y jurídicas*, Simposium internacional “Nuevos retos del Transnacionalismo en el estudio de las migraciones”, Barcelona, 2008. Disponible en: <https://docsGEDIME.files.wordpress.com/2008/02/tc-encarnacion-la-spina.pdf>

LAHERA FORTEZA, J., y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, ISBN 9788496889743, CINCA, Madrid, 2010.

LALLEMENT, M., *Globalización: ¿qué podemos decir de ella?*, Cuadernos de Relaciones Laborales, ISSN 1131-8635, Universidad Complutense de Madrid, Núm. 19, 2001, pp. 31-68.

LANDA ZAPIRAIN, J.P y FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Breve comentario de la ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE*, Revista Relaciones Laborales, ISSN 0213-0556, Núm. 1, 2000, pp. 611-632.

LANDA ZAPIRAIN, J.P, *En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, Núm. Extra 2, 2010, pp. 87-108.

LANDO, O. y NIELSEN, P.A., *The Rome I Regulation*, Common Market Law Review, ISSN 0165-075045, 2008, pp. 1687-1725.

LARRAZABAL BASAÑEZ, S., *La constitución económica de la Unión Europea y el difícil equilibrio entre las libertades económicas y los derechos sociales*, Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, ISSN 1134 - 993X, Núm. 44, Bilbao, 2010, p. 221-250.

LE GALL, J., *Familles transnationales: bilan des recherches et nouvelles perspectives*, Les Cahiers du Gres, Serie Diversité urbaine, Vol. 5, Núm. 1, 2005, pp. 29-42.

LEVI-STARUSS, C., Prólogo a *La Historia de la familia* (A. Burguière, Dir.), ISBN 84-206-5232-6, Alianza Editorial, Tomo I, Madrid, 1988.

LIDDY, J., *Article 8: the pace of change*, Northern Ireland Legal Quarterly, ISSN 0029-3105, Vol. 5, Núm. 3, 2000, pp. 397-416.

LINDE PANIAGUA, E., *La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía Europea*, Revista de Derecho de la Unión Europea, ISSN 1695-1085, Núm. 5- 2º semestre, 2003, pp. 15-36.

LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, ISBN 978-84-9033-215-3, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

LLOBERA VILA, M., *El factor trabajo en el Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS): paralelismos en el Derecho de la Unión Europea*, Revista electrónica Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo, ISSN 2282-2313, Vol. 2, Núm. 4, octubre-diciembre de 2014. Disponible en: http://adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/247

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., *Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I*, Cuadernos de Derecho Transnacional, ISSN-e: 1989-4570, Vol. 1, Núm. 2, 2009, pp. 160-178.

LÓPEZ, J.A., *Aspectos retributivos de la movilidad internacional de trabajadores*, Blog de Ciencias del Trabajo y RR.HH., UDIMA, agosto, 2015. Disponible en: <http://www.rrhudima.com/?p=495>

LÓPEZ ESCUDERO, M., *La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario*, Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, Serie D, ISSN 1133-942X, Núm. 19, 1993, pp. 119-165.

LÓPEZ GARRIDO, D., *Derecho comunitario europeo, libertades económicas y derechos fundamentales*, ISBN 8430912568, Tecnos, Madrid, 1986.

LOURÉS SEOANE, M.L., *Movilidad transnacional y reorganización socio-espacial*, Zainak. Cuadernos de Antropología-Etnografía, ISSN 1137-439X, Núm. 32, 2009, pp. 1045-1060.
Disponible en: <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/zainak/32/3210451060.pdf>

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales*, Dereito, ISSN 1132-9947, vol. 18, Núm. 2, 2009, p. 223-240.

MARTIN, P., “La transposición al derecho Francés de la Directiva 96/71”, en J. Gárate Castro (coord.), *Desplazamientos Transnacionales de trabajadores: (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, ISBN 978-84-9903-858-2, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011, pp.105-124.

MARTÍN FERNÁNDEZ, C., *Familia y migración internacional: dinámica trasnacional y transfamiliar en la cotidianidad de los países emisores*, Anuario del Centro de Estudios de Migraciones Internacionales, 2006, pp. 56-90. Disponible en: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2011/11/4Familia.pdf>

MARTÍNEZ FONTS, D., *Libre competencia y derecho del Trabajo: efectos del derecho económico comunitario en las relaciones laborales*, ISBN 9788497257459, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

MARTÍNEZ, B., MORENO, D. Y MUSITU, G., “Formas familiares y procesos migratorios actuales: nuevas familias en la sociedad de la globalización”, en M.T. TERRÓN (Dir.), *Familia y Diversidad: intervención socioeducativa*, ISBN 978-84-693-7369-9, Fundación SM., Universidad Pablo de Olavide y Fundación Conocimiento y Cultura, 2010.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *La familia en la Constitución Española*, Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Núm. 58, 2000, pp. 11-43.

MC CONNELL, C.R., y otros, *Economía laboral*, ISBN 9788448156497, 7ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2007.

MEDINA VILLEGAS, M.C., *Los ausentes están siempre presentes: una aproximación interpretativa de la experiencia materno-filial transnacional entre España y Colombia*, ISBN 978-84-694-1427-9, Universidad Complutense, Madrid, 2011.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, ISBN 84-8406-297-X, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización*, en AA.VV. (Coord. Sanguineti Raymond, W. y García Laso, A.) *Globalización económica y relaciones laborales*, ISBN 84-7800-661-3, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 95-118.

MIRANDA BOTO, J.M., *El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Núm. 26, 2011.

MIRANDA BOTO, J.M., *La apatía social de la Unión Europea en los últimos años*, Boletín del Centro de estudios y Documentación europeos de la Universidad de Santiago de Compostela, ISSN 1989-1369, Editorial julio 2013.

MOLINA MARTÍN, A., “Los complementos de puestos de trabajo”, en AAVV (Coord. R. Escudero Rodríguez), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, ISBN 8484565505, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 413-423.

MOLINA MARTÍN, A., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, ISBN 9788499036120, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010.

MOLINA NAVARRETE, C., *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, ISBN 84-8444-107-5, Comares, Granada, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Revista de trabajo y seguridad social, ISSN 1132-8584, Centro de Estudios Financieros, Núm. 205, 2000.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, ISSN 0212-6095, Núm. 57, Civitas, 1993, pp. 61-89.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N., *Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ISSN 1137-5868, Núm. 48, 2004, pp 39-65.

MONTOYA MELGAR A., y otros, *La libre circulación de trabajadores*, en *Derecho social europeo*, ISBN 84-309-2498-1, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 127-139.

MUIR WATT, H., “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, European Review of Contract Law, ISSN-e 1614-9939, Vol. 6, Núm. 3, 2010, pp. 250-283.

OJEDA-AVILÉS, A., *El principio de condición más beneficiosa*, Revista de Política Social, ISSN 0034-8724, Núm. 134, 1982, pp. 7-48.

OJEDA-AVILÉS, A., *Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?*, Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, ISSN 1130-7331, Núm. 217, 2009, pp. 14-26.

PALAO MORENO, G., *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*, Revista Española de Derecho Internacional, ISSN 0034-9380, Núm. 1, Vol. 49, 1997, pp. 377-380.

PALAO MORENO, G. *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo individual*, ISBN 9788484420781, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, ISBN 9788499611716, 22ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

PÁRAMO MONTERO, P., *La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores*, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, Núm. 3, 2015, pp. 52-70.

PARELLA, S., *Los vínculos afectivos y de cuidado en las familias transnacionales migrantes ecuatorianos y peruanos en España*, Revista Migraciones Internacionales, ISSN 1665-8906, Vol. 4, Núm. 2, 2007, pp. 151-188.

PARELLA, S. Y CAVALCANTI, L., “Aproximación a los hogares transnacionales desde la perspectiva de los familiares que permanecen en el país de origen”, en Carlota Solé (Dir.), *Los vínculos económicos y familiares transnacionales. Los inmigrantes ecuatorianos y peruanos en España*, ISBN 978-84-96515-39-0, Fundación BBVA, 2007, pp. 39-80.

PARSONS, T. y BALES, R.F., *Family Socialization and Interaction Process*, ISBN 978-0415176477, Routledge, Abingdon (UK), 1998.

PEDRAJAS MORENO, O., *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, ISBN 8484063534, Lex Nova, Valladolid, 2002.

PEGUERA POCH, M., (Coord.), “Derecho y nuevas tecnologías”, en *Servicios de la sociedad de la información*, ISBN 84-9788-211-3, UOC, Barcelona, 2005, pp.141-190.

PEÑA JIMÉNEZ, P.J y SIEIRA, S., *Sinopsis del artículo 42 CE*, Congreso de los Diputados, 2011. Disponible en:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=42&tipo=2>

PÉREZ AMORÓS, F., *Retos del Derecho del Trabajo del futuro*, Revista de Derecho Social, ISSN 1138-8692, Núm. 32, 2005, pp. 45-78.

PÉREZ-CORRALES, M.A., *La movilidad laboral desde una perspectiva empresarial*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ISSN 1137-5868, Núm. 41, pp. 55-67.

PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, ISBN 8474859492, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Sobre la "Globalización" y el futuro del Derecho del Trabajo*, Documentación Laboral, ISSN 0211-8556, Núm. 60, 1999, pp. 21-37.

PIN ARBOLEDAS, J.R., GARCÍA LOMBARDÍA, P. Y GALLIFA, A., *Asignación internacional del talento en las empresas españolas*, ISBN 978-84-86851-44-0, IESE-IRCO, Universidad de Navarra, 2012.

Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-173.pdf>

POCAR, F., "Some remarks on the relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations", en F. FERRARI y S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, ISBN 978-3-86653-857-3, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009.

PRADOS DE REYES, F. J. y OLARTE ENCABO, S. "Constitución y políticas migratorias: ¿una Constitución de emigrantes para inmigrantes?", en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978, 25 Aniversario 1978-2003*, ISBN 84-8417-142-6, MTAS, Madrid, 2003, pp. 1397-1427.

PURCALLA BONILLA, M.A., *Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate*, ISSN 1131-5369, Aranzadi Social, Vol. V, 2002, pp. 311-346.

QUINTERO LIMA, M.G., *La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), ISSN 1989-4570, Vol. 4, Núm. 1, pp. 180-221.

QUÍÑONES ESCÁMEZ, A., *Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1989-5569, Núm. 12, 2002, pp. 435-453.

REICH, N., *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union — the Laval and Viking Cases before the ECJ*, Juridica, ISSN 1406-5584, Núm. 1, 2007, pp. 100-115.

RÍOS RODRÍGUEZ, A., *La protección de la familia en la Unión Europea*, Cuadernos de Trabajo Social, Núm. 10, Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 19-66.

RIVAS VALLEJO, P. *Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales*, Actualidad Laboral, ISSN 0213-7097, Núm. 5, 2007, p. 557-583.

RIVAS VALLEJO, P. y MARTÍN ALBÁ, S., *Los desplazamientos temporales de trabajadores españoles al extranjero. Efectos laborales y tributarios*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ISSN 1137-5868, Núm. 27: Derecho social internacional y comunitario, 2000, pp. 43-63.

RIVERO LAMAS, J., *Proyecciones de la descentralización productiva. Instrumentación jurídico-laboral*, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y DE VAL TENA, Á. L., Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, ISBN 84-9767-303-4, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 23-62.

ROCA TRÍAS, E., *Familia y Constitución*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Núm. 10, 2006, pp. 207-228.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., *El desarrollo de la política social en la Unión Europea y la construcción de los derechos sociales en una Europa ampliada*, Instituto Social León XIII, Madrid, 2003. Disponible en web:
http://leonxiii.upsam.net/seminarios/03seminario/iii_seminario_02_sesion_cabrero.pdf

RODRÍGUEZ FOLGAR, G., *La Negociación colectiva en Europa Comisión consultiva nacional de convenios colectivos (MTAS)*, Colección de Informes y Estudios, Relaciones laborales Madrid, 2004, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ISSN 1137-5868, Núm. 61, 2006, pp. 192-195.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *El programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social*, Relaciones Laborales, ISSN 0213-0556, Vol. II, 1989, pp. 1-10.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Política, globalización y condiciones de trabajo*, Relaciones Laborales, ISSN 0213-0556, Núm. 1, 2000, pp. 107-118.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, ISBN 84-7434-764-5, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE*, en *Relaciones Laborales*, ISSN 0213-0556, Núm. 23, 1999, pp. 78-85.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Flexibility and European Law: a Labour Lawyer’s view”, en G. De Burga y J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, ISBN 184113-103-2, Hart Publishing, Portland, 2000, pp. 219-235.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en (M.E. Casas Bahamonde y S. del Rey, Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, ISBN 84-8188-167-8, 1ª edición, CES, Colección de Estudios, Núm. 128, Madrid, 2002, pp. 351-376.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo*, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, Vol. II, Núm. 100, 2009, p. 517-550.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Impacto en el sistema jurídico español*, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, · ISSN 0213-0556, Núm. 1, 1996, pp. 1335-1374.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., *Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento Bruselas I*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ISSN 1989-4570, Vol. 6, Núm. 1, pp. 330-347.

RUBERY, J., TARLIN, R., Y WILKINSON, F., *Flexibilidad, comercialización y organización de la producción*, *Trabajo y Sociedad*, ISSN 1514-6871, Núm. 1, vol. 12, pp. 151-175.

RUBIO EIRE, J.V., *La ejecución práctica en España de resoluciones judiciales civiles y mercantiles, medidas provisionales y cautelares, documentos públicos, y transacciones judiciales, conforme al Reglamento (UE) N° 1215/2012*, *ElDerecho.com*, marzo, 2015. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/resoluciones-judiciales-civiles-mercantiles-UE_11_809680003.html

SALA FRANCO, T. “Movilidad geográfica”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, ISBN 84-7130-814-2, Tomo I, Vol. 2 (*Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo*), EDERSA, Madrid, 1994, pp. 269-310.

SALA FRANCO, T., *El principio de condición más beneficiosa*, Revista de Política Social, ISSN 0034-8724, Núm. 114, 1977, p. 37-66.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., *Nuevas formas de organización empresarial, Deslocalización, Descentralización y Externalización. Empresa Principal, Contratas y Subcontratas*, Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, Núm. 15, 2005, pp. 107-138.

SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Ministerio de trabajo e Inmigración, 2003. Disponible en:

<https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf>

SANGUINETI RAYMOND, W., *El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización en el empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social*, Revista Valenciana de Economía y Hacienda, ISSN 1577-4163, Núm. 13, 2005, pp. 107-134.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Teletrabajo”, en AA.VV, *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, ISBN 978-84-9053-139-6, 2014, pp. 2005-2010.

SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, ISBN 9788484563877, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SANZ CABALLERO, S., “La protección internacional de la familia y de las personas dependientes”, en AA.VV (C.R. Fernández Liesa, Coord.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, BOE, Madrid, 2007, pp. 239-300.

SEGALÉN, M., *Antropología histórica de la familia*, ISBN 9788430602315, Taurus, Madrid, 2000.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M., *El Derecho del Trabajo y Los Grupos de Empresa: inventario*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo, ISSN 1137-5868, Núm. 48, Madrid, 2004, pp. 97-133.

SERRANO ARGÜELLO, N., *La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del Derecho comunitario y su jurisprudencia-Especial atención a su repercusión en el sector sanitario*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, ISSN 1576-2904, Núm. 6, 2005, pp. 105-125.

SERRANO OLIVARES, R., “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, en M.E Casas Baamonde y S.del Rey Guanter (Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales* ISBN 84-8188-167-8, 1ª edición, CES, Colección de Estudios, Núm. 128, Madrid, 2002, pp. 59-100.

SICILIA OÑA, B., *Derechos Fundamentales y Constitución europea*, Colección Derechos humanos P. Francisco de Vitoria, Arateko, Vitoria-Gasteiz, 2006. Disponible en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_397_1.pdf

SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, ISBN 978-84-694-2305-9, CSE de Andalucía, Sevilla, 2011.

SOCÍAS, I., *El XX Aniversario del Año Internacional de Familia (2014): El papel de la sociedad civil ante los retos que afronta hoy la familia*, The Family Watch-Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, Mayo-2014. Disponible en: http://www.siposo.com/IMG/pdf/fam_docs_jornada_ignaciosociassiposo.pdf

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general*, en A.A.V.V. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.), *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo, Oviedo, 2006.

THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*, ISBN 9788481881479, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, 2ª edición.

TOADER, C. Y FLOREA, A.I., *Free movement of workers and the European citizenship*, FMW Online Journal on free movement of workers within the European Union, ISSN 1831-922X, Núm. 3-Diciembre, 2011, pp. 19-24. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=737&langId=en&pubId=6193&type=1&furthe rPubs=yes>

TRILLO PÁRRAGA, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, ISBN 978-84-9898-120-9, Lex Nova, Valladolid, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, F., *El debate europeo sobre la “modernización del Derecho del Trabajo” y las relaciones laborales triangulares*, Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Núm 1, 2009, pp. 39-50.

VALVERDE ASENCIO, A., “Cuantía del salario mínimo”, en (M.E. Casas Bahamonde y S. del Rey, Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, pp. 101-126.

VEGA RUIZ, M.L., *La inspección de trabajo y la libre circulación de trabajadores*, Documento de trabajo de la OIT, Ginebra, 2010.

Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/genericdocument/wcms_126909.pdf

VERTOVEC, S., *Migration and other Modes of Transnationalism: Towards Conceptual Cross-Fertilization*, *International Migration Review*, Vol. 37, Issue 3, septiembre-2003, pp. 641–665.

VERWILGHEN, M. , *Conflicts de Nationalités. Plurinationalité et apatridie*, ISBN 90-411-1395-9, Kluwer Law International, Cambridge, MA (USA), 1999.

WILLEM VERNOOIJ, N., *Rome I: an update on the law applicable to contractual obligations in Europe*, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, 2009, pp. 71-76.

WILLSON, F., *Carriage of Goods by Sea*, ISBN 978-1-4082-1893-8, 7ª ed., Pearson, Essex (UK), 2010.

YBARRA BORES, A., *EL carácter temporal en el desplazamiento internacional de trabajadores a efectos de la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo: hacia un concepto autónomo de temporalidad en el marco del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Núm. 6, pp. 655-673. Disponible en: <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%206/6306.pdf>

ZÁBALO ESCUDERO, M.E., *La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo*, *REDI*, ISSN 0034-9380, Núm. 2, vol. 38, 1986, p. 613-630.

Comunicación de la Comisión relativa al Programa de acción *para la implementación en la Comunidad de la CDSFT*, COM (89) 568 final, de 29 de noviembre de 1989.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre su programa de acción social a medio plazo (1998-2000), COM (98) 259 final, de 29 de abril de 1998.

Comunicación de la Comisión, *Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito*, de 10 de noviembre de 1999, COM (1999) 592.

Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la libre circulación de trabajadores y la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades, COM (2002) 694, final.

Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, de 10 de mayo de 2006, *A Citizen's Agenda-Delivering Results for Europe*; COM (2006) 211 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 2006, *Una Europa global: competir en el mundo*, COM(2006) 567 final – no publicada en el DOUE. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006DC0567>

Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, *Un mercado único para los ciudadanos – Informe intermedio destinado al Consejo Europeo de primavera de 2007*, COM(2007) 60 final - No publicada en el DOUE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0060>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de junio de 2007, *Hacia los principios comunes de la flexibilidad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, COM(2007) 359 final-no publicada en el DOUE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52007DC0359>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de noviembre de 2007, *Un mercado único para la Europa del siglo XXI*, COM (2007) 724 final - No publicada en el DOUE. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52007DC0724>

Comunicación de la Comisión, de 29 de octubre de 2008, *De la crisis financiera a la recuperación: Un marco europeo de acción*, COM(2008) 706 final.

Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, *EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020 final – no publicada en el DOUE. Disponible en: http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_es.pdf

Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo. Conclusiones de la Presidencia, Luxemburgo, 20 y 21 de noviembre de 1997. Disponible en: http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/%C2%B5.htm

Consejo Europeo de Colonia, de 3 y 4 de junio de 1999, Conclusiones de la Presidencia. Disponible en: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/kolnes.htm

Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la Presidencia. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tames.htm>

Consejo Europeo de Laeken, de 14 y 15 de diciembre de 2001, Conclusiones de la presidencia. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf

Declaración pronunciada por el Ministro de Asuntos Exteriores francés R. Schuman, el 9 de mayo de 1950 en París. Disponible en: <http://www.robertschuman.eu/es/doc/questions-d-europe/qe-204-es.pdf>

Dictamen del TJUE núm. 2/94, de 28 de marzo de 1996, en el que el Tribunal negó la posibilidad de que la Comunidad Europea se adhiriese al CEDH (Rec. 1-1996/3, p. 1759-1790).

Dictamen del CES, de 9 de junio de 1999, relativo al anteproyecto de Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Disponible en: <http://www.ces.es/dictamenes/1999/dic1099.pdf>

Dictamen del CESE nº 695/2005, de 8 de junio de 2005, sobre el AGCS - negociaciones sobre el modo 4 movimiento de personas físicas, REX/140. Disponible en: <https://dm.eesc.europa.eu/EESCDocumentSearch/Pages/redresults.aspx?k=695%2F2005>

Dictamen del CESE INT/381, de 12 de marzo de 2008, *El futuro del mercado único. Hacia la globalización*. Disponible en: http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int381\ces481-2008_ac.doc&language=ES

Discurso “*El nuevo concierto europeo*” dado por J. Delors el 12 de mayo de 1988 en el Congreso de la Confederación Europea de Sindicatos. Disponible en:
<http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7492/tmcd2de2.pdf?sequence=2>

Documento de trabajo de la Comisión SEC (2006) 439/1, de 4 de abril de 2006, *Commission’s services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, COM(2006) 159 final. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2006/EN/2-2006-439-EN-1-0.Pdf>

Guía social europea sobre políticas de empleo, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, ISSN 1977-2343, Vol.1, 2011. Disponible en:
<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=6041&visible=1>

Informe del Grupo de expertos sobre Derechos Fundamentales, presidido por S. Simitis y presentado en febrero de 1999, en el marco de los trabajos preparatorios de la Carta de Niza. Disponible en: <http://sid.usal.es/idocs/F8/8.4.1-520/8.4.1-520.pdf>

Informe del Consejo de Europa, de 10 de junio de 2013, sobre la adhesión de la UE al CEDH. Disponible en:
http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_EN.pdf

Informe de Naciones Unidas, de junio de 2013, sobre las inversiones en el mundo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).
Disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2013overview_es.pdf

Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* [COM(2006) 708 final- no publicado en el DOUE]. Disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52006DC0708>

Documento de trabajo del Parlamento europeo, de mayo de 1997, *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, Dirección General de Estudios, Serie de Asuntos Sociales W-16A. Disponible en:
http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w16/summary_es.htm

Estudio de PwC sobre movilidad 2014: *Movilidad con sentido*. Disponible en:
http://www.pwc.es/es_ES/es/publicaciones/legal-fiscal/assets/movilidad-con-sentido-estudio-2014.pdf

Eurofound, *Labour mobility in the EU: Recent trends and policies*, ISBN 978-92-897-1232-3, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014. Disponible en: http://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1456en_1.pdf

Eurofound, *Foundation Findings-Mobility in Europe: The way forward*, 2009. Disponible en: https://eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2007/03/en/1/ef0703en.pdf

Free Movement of Workers and Labour Market Adjustment. Recent Experiences from OECD Countries and the European Union, (Publicación en el marco del proyecto conjunto de investigación OCDE-UE “Matching Economic Migration with Labour Market Needs”), ISBN 9789264177185, OCDE, Junio, 2012. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/free-movement-of-workers-and-labour-market-adjustment_9789264177185-en

Informe de la Comisión europea, de abril de 2002, *eWork 2001. Informe sobre la situación de los nuevos métodos de trabajo en la economía del conocimiento*. Disponible en: <http://www.etw.org/2003/Archives/eWork2001-ES.pdf>

Informe de la Comisión Europea sobre movilidad geográfica y laboral, Special Eurobarometer 3, Junio 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_337_en.pdf

Informe de PwC de 2012: *Movilidad del talento 2020 y más*. Disponible en: http://www.pwc.com/en_GX/gx/managing-tomorrows-people/future-of-work/pdf/pwc-talent-mobility-2020.pdf

Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* [COM (2006) 708 final- No publicado en DOUE]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52006DC0708>

Matching Economic Migration with Labour Market Needs, (Publicación en el marco del proyecto conjunto de investigación OCDE-UE del mismo nombre), ISBN 9789264216501, OCDE, Unión Europea, Septiembre, 2014. Disponible en:

http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/matching-economic-migration-with-labour-market-needs_9789264216501-en

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 Octubre 2006, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)). Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0308+0+DOC+XML+V0//ES>

Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2003, relativa a la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM (2003) 458 final]. Disponible en: http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/56720-Comunicacion_de_la_Comision_%28julio_2003%29_sobre_aplacion_de_la_Directiva_96-71.pdf

Comunicación de la Comisión, de 4 de abril de 2006, Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM(2006) 159 final]. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0159&from=ES>

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de junio de 2007, sobre Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios-sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores [COM (2007) 304 final].

Disponible en: http://www.ccoo.es/comunes/recursos/99999/doc2992_com_304-2007_desplazamiento_de_trabajadores_en_el_marco_de_una_prestacion_de_servicio.pdf

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia un Acta del Mercado Único - Por una economía social de mercado altamente competitiva, cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos, COM(2010) 608 final, de 27 de octubre de 2010.

Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_es.pdf

Conclusiones del Consejo de la UE, Sesión nº 2876, celebrada en Luxemburgo los días 9 y 10 de junio de 2008. Disponible en:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/lisa/101754.pdf

Consejo de la UE sobre Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, celebrado en Bruselas los días 6 y 7 de diciembre de 2012.

Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-12-503_es.htm?locale=es

Decisión 2009/17/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, por la que se crea el Comité de Expertos sobre Desplazamiento de Trabajadores (DOUE L 8, de 13 de enero de 2009). Disponible en:

http://www.empleo.gob.es/es/sec_leyes/trabajo/norma_empleo/entes/anos/2009/012009/DocsCCAA/UnionEuropea01.pdf

Dictamen del CESE, sobre *La dimensión social del mercado interior* (Dictamen de iniciativa, 2011/C 44/15), de 14 de julio de 2010 (DOUE C 044, de 11 de febrero de 2011). Disponible en:

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2011.044.01.0090.01.SPA

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [COM(2012) 131 final — 2012/0061 (COD)] (DOUE C 351/61, de 15 de noviembre de 2012).

Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión: Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a los documentos Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (SWD (2012) 64 final), de 21 de marzo de 2012. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52012SC0064>

Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, de 2 de diciembre de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros [COM(2003) 458 – 2003/2168(INI)]. Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0448+0+DOC+PDF+V0//ES>

Informe de los servicios de la Comisión, de enero de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Disponible en inglés en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>

Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, de 30 de septiembre de 2008, *Sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea* ((2008/2025 (INI)). Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0370+0+DOC+PDF+V0//ES>

Informe Les conséquences sociales des mutations d'entreprises dans la Communauté européenne, preparado a solicitud de la Comisión de Comunidades Europeas, Dirección General V: Empleo, Asuntos Sociales y Educación, M. Fallon, B. Nyssen, M. Verwilghen, Louvail-la-Neuve, 1990.

Informe del COREPER nº 9935/08 SOC 316 COMPET 194, de 28 de mayo de 2008. Disponible en:

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%209935%202008%20INIT>

Libro Blanco sobre las Mejores Prácticas en Movilidad Geográfica Nacional e Internacional de Trabajadores, IESE-CELA, Sagardoy Abogados y Create, 2006. Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-96.pdf>.

Programa de Acción para la aplicación de la CDSFT, de 29 de noviembre de 1989, COM (89) 568 final. No publicado en DOUE. Disponible en inglés en: http://aei.pitt.edu/1345/1/Social_charter_COM_89_568.pdf

Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, COM (91) 230 final - SYN 346, de 1 de agosto de 1991. Disponible en:

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=20476).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2012, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD). Disponible en:

http://www.eurodetachment-travail.eu/datas/files/EUR/com2012_0131es01%5B1%5D.pdf

Propuesta de Reglamento (CEE) relativo a las disposiciones concernientes a los conflictos de leyes en materia de relaciones de trabajo en el interior de la Comunidad, presentada por la Comisión al Consejo el 23 de marzo de 1972 (DOUE C 49/26, de 18 de mayo de 1972).

Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2004, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros (COM(2003) 458 - 2003/2168(INI)).

Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P5-TA-2004-0030+0+DOC+PDF+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2006, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)).

Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0463+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>

Resolución del Parlamento europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los convenios colectivos en la UE (2008/2085 (INI)). Disponible en:

http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin34/Legislacion_34/convenios_colectivos.pdf

The 2014 Performance Analysis of The Big Four Firms (Deloitte, EY, KPMG and PwC). Disponible en: <http://www.big4.com/wp-content/uploads/2015/01/The-2014-Big-Four-Firms-Performance-Analysis-Big4.com-Jan-2015.pdf>

Posición del Parlamento europeo de 16 de abril de 2014, con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), documento legislativo consolidado EP-PE_TC1-COD(2012)0061.

Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TC+P7-TC1-COD-2012-0061+0+DOC+PDF+V0//ES>

Dictamen del CESE, de 19 de septiembre de 2012, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» COM(2012) 131 final – 2012/0061 (COD).

Disponible en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.soc-opinions.22830>

Dictamen (2008/C 270/01) del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Decisión 2008/49/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), por lo que se refiere a la protección de los datos personales (DOUE C-270, de 25 de octubre de 2008).

Informe del Secretario General de NU, Celebración del 20º aniversario del Año Internacional de la Familia en 2014 (A/70/61–E/2015/3), 70º periodo de sesiones.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de noviembre de 2001, sobre la codificación del acervo comunitario [COM (2001) 645 final]. No publicada en el DOUE. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0645:FIN:EN:PDF>

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de julio de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros (COM (2003) 458 final). No publicada en DOUE. Disponible en:

<http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/56720->

[Comunicacion_de_la_Comision_%28julio_2003%29_sobre_aplacion_de_la_Directiva_96-71.pdf](#)

Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (92/C 327/01), elaborado por Mario Giuliano, profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde, profesor de la Universidad de París I (DOCE 282, de 31 de octubre de 1980, en inglés; y DOUE C327, de 11 de diciembre de 1992, en español).

Respuesta del Gobierno de Reino Unido a la consulta de la Comisión europea sobre la conversión del CR en Reglamento comunitario. Disponible en:

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/united_kingdom_en.pdf

Dictamen relativo al anteproyecto de ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Pleno extraordinario de 9 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.ces.es/dictamenes/1999/dic1099.pdf>

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, de 3 de abril de 2014, Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/ce, sobre el derecho a la reagrupación familiar COM(2014) 210 final. Disponible en:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-210-ES-F1-1.Pdf>

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 3 de octubre de 2008, *Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar*, COM(2008) 635 final. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/ES/1-2008-635-ES-F1-1.Pdf>

Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos con el Consejo, de 23 de mayo de 2007, sobre la importancia de las políticas familiares en Europa y el establecimiento de una Alianza de las Familias – Adopción e intercambio de puntos de vista (9317/1/07, SOC 185). Disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%209317%202007%20REV%201>.

Dictamen del CESE sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros” (2011/C 218/02), de 4 de mayo de 2011 (DOUE C218, de 23 de julio de 2011).

Informe del Instituto de Política Familiar, *Evolución de la familia en Europa 2014*, Madrid, 2014, p. 4. Disponible en: https://www.google.es/search?q=Informe+de+Evoluci%C3%B3n+de+la+Familia+en+Europa+2014,&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=N7jiVbDiA8eyUaDAR_gK#

Informe del Instituto de Política Familiar, sobre la Evolución de la familia en Europa, 2007, p. 36. Disponible en: http://www.adcl.org.pt/observatorio/pdf/Informe_Evolucion_Familia_Europa_UE27_2007.pdf

Nota de la Presidencia del Consejo de la UE 16171/14- USTCIV 313, de 27 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16171-2014-INIT/es/pdf>

Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014, sobre el XX Aniversario del Año Internacional de la Familia (RES/69/144). Disponible en inglés en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/144>

Resolución 44/82 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 8 de diciembre de 1989, por la que se proclama el Año internacional de la familia. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/82&Lang=S>

Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 50/142, de 21 de diciembre de 1995; 52/81, de 12 de diciembre de 1997; 54/124, de 17 de diciembre de 1999, 56/113, de 19 de diciembre de 2001; 57/164, de 18 de diciembre de 2002; y 58/15, de 3 de diciembre de 2003, relativas a los preparativos y la celebración del 10º Aniversario del Año Internacional de la Familia. Disponibles en: <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/69>

Resolución 69/144, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014, sobre el XX Aniversario del Año Internacional de la Familia. Disponible en inglés en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/144>

Resolución 67/142 aprobada por la Asamblea General el 21 de febrero 2013, “Preparativos y celebración del 20º aniversario del Año Internacional de la Familia”, punto 8. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/142>

Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1470 (2000), de 30 de junio de 2000 sobre los gays y lesbianas y sus parejas en materia de asilo e inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa.

Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dde404c6.html>.

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- Sentencia de 4 de febrero de 1959, *Stork* (asunto 1/58, RJ 1959 00043).
- Sentencia de 20 de marzo de 1959, *Nold* (asunto 18/57, RJ1959 00041).
- Sentencia de 15 de julio de 1960, *Lachmüller* (asuntos acumulados 43/59, 45/59 y 48/59, RJ 1960 00463)
- Sentencia de 14 de diciembre de 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes y otros/Consejo de la CEE* (asuntos acumulados 16/62 y 17/62, RJ 1962 00901).
- Sentencia de 1 de abril de 1965, *Sgarlata* (asunto 40/64, RJ 1965 00215).
- Sentencia de 5 de diciembre de 1967, *Van der Vecht* (asunto C-19/67, RJ 1967 00445).
- Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder* (asunto 29/69, RJ 1969 00419).
- Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Manpower* (asunto 35/70, RJ 1970 00317).
- Sentencia de 12 de julio de 1973, *Angenieux/Hakenberg* (asunto 13/73, RJ 1973 00935).
- Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen* (asunto 33/74, RJ 1974 00507)
- Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (asunto 41/74, RJ 1974 00529).
- Sentencia de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore* (asunto 67/74, RJ 1975 00137).
- Sentencia de 8 de abril de 1976, *Royer* (asunto C-48/75, RJ 1976, I-497).
- Sentencia de 15 de junio de 1978, *Deffrenne* (asunto 149/77, RJ 1978 1365).
- Sentencia de 18 de enero 1979, *Wesemael* (asuntos acumulados 110 y 111/78, RJ 1979 00031).
- Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti* (asunto 148/78, RJ 1979 00919)
- Sentencia de 17 de diciembre de 1981, *Webb* (asunto 279/80, RJ 1981 03305).
- Sentencia de 3 de febrero de 1982, *Seco* (asuntos acumulados 62 y 63/81, RJ 1982 00027).
- STJUE de 4 de marzo de 1982, *Effer* (asunto 38/81, RJ 1982 00185).
- Sentencia de 23 de marzo de 1982, *Levin* (asunto 53/81, RJ 1982 I-1035).
- Sentencia de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille* (asuntos acumulados 115 y 116/81, RJ 1982 I-1665)

- Sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann* (asunto C-14/83, RJ 1984 00515).
- Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall* (asunto C-152/84, RJ 1986 00723).
- Sentencia de 3 de junio de 1986, *Kempf* (asunto 139/85, RJ 1986 01741).
- Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* (asunto 352/85, RJ 1988 02085).
- Sentencia de 15 de marzo de 1990, *Comisión / Países Bajos* (asunto C-339/87, RJ 1990 I-00851).
- Sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (asunto C-113/89, RJ 1990 I-01417).
- Sentencia de 26 de febrero de 1991, *Antonissen* (asunto C 292/89, RJ 1990 I-745).
- Sentencia de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptun* (asuntos C-72/91 y C-73/91, RJ 1993 I-887).
- Sentencia de 13 de julio de 1993, *Mulox BC* (asunto C-125/92, RJ 1993 I-4075).
- Sentencia de 19 de enero de 1994, *Asociación para la protección de animales salvajes* (asunto C-435/92, RJ 1994 I-00067).
- Sentencia de 14 de junio de 1994, *Faccini Dori /Recreb Srl.* (asunto C-91/92, RJ 1994 I-3325).
- Sentencia de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst* (asunto C-43/93, RJ 1994 I-03803).
- Sentencia de 28 de marzo de 1996, *Guiot* (asunto C-272/94, RJ 1996 I-01905).
- STJUE de 9 de enero de 1997, *Rutten* (asunto C-383/95, RJ 1997 I-57).
- STJUE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala* (asunto C-85/96, RJ 1998 I-02691).
- Sentencia de 26 de enero de 1999, *Terhoeve* (asunto C-18/95, RJ 1999 I-00345).
- Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros* (asunto C-212/97, RJ 1999 I-01459).
- Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, RJ 1999 I-08453).
- Sentencia de 10 de febrero de 2000, *Fitzwilliam Executive Search* (asunto C-202/97, RJ 2000 I-00883).
- Sentencia de 9 de marzo de 2000, *República Italiana* (asunto C-386-98, RJ 2000 I-01277).
- Sentencia de 8 de junio de 2000, *República Francesa* (asunto C-46/99, RJ 2000 I-04379).
- Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam* (asunto C-357/98, RJ 2000 I-09265).
- Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Plum* (asunto C-404/98, RJ 2000 I-09379).

- Sentencia de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni* (asunto C-165/98, RJ 2001 I-02189).
- Sentencia de 26 Junio de 2001, *BECTU* (asunto C-173/99, RJ 2001 I-4881).
- Sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Gloszczuk* (asunto C-63/99, RJ 2001 I-06369).
- Sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Kondova* (asunto C-235/99, RJ 2001 I-06427).
- Sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Barkoci y Malik* (asunto C-257/99, RJ 2001 I-06557).
- Sentencia de 3 de octubre de 2001, *SIMAP* (asunto C-303/98, RJ 2000 I-07963).
- Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos* (asunto C-377/98, RJ 2001 I-7079).
- Sentencia de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, RJ 2001 I-07831).
- Sentencia de 27 de noviembre de 2001, *Z* (asunto C-270/99 P, RJ 2001 I-9197).
- Sentencia de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções* (asunto C-164/99, RJ 2002 I-00787).
- Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Weber* (asunto C-37/00, RJ 2002 I-2013).
- Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión / Italia* (asunto C-224/00, RJ 2002 I-2965).
- Sentencia de 20 de junio de 2002, *Mulligan* (asunto C-313/99, RJ 2002 I-5719).
- Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast* (asunto C-413/99, RJ 2002 I-7091).
- Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco* (asunto C-491/01, RJ 2002 I-11453).
- Sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Kiel y Jaeger* (asunto C-151/02, RJ 2003 I-08389).
- Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art. Ltd* (asunto 167/01 RJ 2003 I-10155).
- Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer* (asunto C-215/01, RJ 2003 I-14847).
- Sentencia de 13 de enero de 2004, *Allonby* (asunto C-256/01, RJ 2004 I-00873).
- Sentencia de 18 de marzo de 2004, *Wolff / Müller* (asunto C-60/03, RJ 2004 I-09553).

- Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros* (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, RJ 2004 I-08835).
- Sentencia de 21 de octubre de 2004, *Comisión / Luxemburgo* (asunto C-445/03, RJ 2004 I-10191).
- Sentencia de 1 de diciembre de 2005, *Addelkader Delllas* (asunto C-14/04, RJ 2005 I-10253).
- Sentencia de 19 de enero de 2006, *Comisión / Alemania* (asunto C-244/04, RJ 2006 I-885).
- Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler* (asunto C-212/04, RJ 2006 I-06057).
- Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas* (asunto C-13/05, RJ 2006 I-6467).
- Sentencia de 7 de septiembre de 2006, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte* (asunto C-484/04, RJ 2006 I-07471).
- Sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Comisión / Austria* (asunto C-168/04, RJ 2006 I-09041).
- Sentencia de 11 de enero de 2007, *ITC* (asunto C-208/05, RJ 2007 I-00181),
- Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión / Alemania* (asunto C-490/04, RJ 2007 I-6095).
- Sentencia de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski* (asunto C-116/06, RJ 2007 I-7643).
- Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union* (asunto C-438/05, RJ 2007 I-10779).
- Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval* (asunto C-341/05, RJ 2007 I-11767).
- Sentencia de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06, RJ 2008 I-01989).
- Sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact* (asunto C-268/06, RJ 2008 I-2483).
- Sentencia de 19 de junio de 2008, *Comisión / Luxemburgo* (asunto C-319/06, RJ 2008 I-04323).
- Sentencia de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota y otros* (asunto C-515/08, RJ 2010 I-09133).
- Sentencia de 10 de febrero de 2011, *Vicoplus y otros* (asuntos acumulados C-307/09 a C-309/09, RJ 2011 I-00453)
- Sentencia de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch* (asunto C-29/10, RJ 2011 I 0000).
- Sentencia de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd* (asunto C-384/10, RJ 2011 I-0000).
- Sentencia de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez* (asunto C-282/10, Recopilación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2012:33).
- Sentencia de 1 de marzo de 2012, *O'Brien* (asunto C-393/10, RJ 2012-00000)

- Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Comisión/Bélgica* (asunto C-577/10, publicación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2012:814)
- Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson* (asunto C-617-10, Recopilación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2013:105).
- Sentencia de 24 de octubre de 2013, *Comisión/España* (asunto C-151/12, publicación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2013:690).
- Sentencia de 6 de mayo de 2014, *Comisión/Parlamento-Consejo* (asunto C-43/12, no publicado aún en la RJ)
- Sentencia de 3 de diciembre de 2014, *De Clercq y otros* (asunto C-315/13, no publicada aún en el RJ)
- Sentencia de 18 de junio de 2015, *Martin Meat kft* (asunto C-586/13, no publicado aún en el RJ)

II. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

- Sentencia de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx / Bélgica* (6833/74).
- Sentencia de 8 de julio de 1987, asunto *W/Reino Unido* (9749/82).
- Sentencia de 21 de junio de 1988, asunto *Berrehab/Paises Bajos* (10730/84).
- Sentencia de 29 de noviembre de 1991, *Vermeire / Bélgica*, (12849/87).
- Sentencia de 27 de octubre de 1994, *Kroon / Holanda* (18535/91).
- Sentencia de 26 de mayo de 1994, *Keegan / Irlanda* (16969/90).
- Sentencia de 19 de febrero de 1996, *Gül / Suiza* (23218/94).
- Sentencia de 22 de abril de 1997, *XYZ / Reino Unido* (21830/93).
- Sentencia de 9 de junio de 1998, asunto *Bronda/ Italia* (22430/93).
- Sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews / Reino Unido* (24833/94).
- Sentencia de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta / Portugal* (33290/96).
- Sentencia de 11 de julio de 2000, asunto *Ciliz/Holanda* (29192/95).
- Sentencia de 13 de febrero de 2001, *Ezzouhdi / Francia* (47160/99).
- Decisión de 10 de mayo de 2001, *Mata Estévez/España* (56501/00).
- Sentencia de 26 de febrero de 2002, *Kutzner/Alemania* (46544/99).
- Sentencia de 26 de febrero de 2002, *Fretté / Francia* (36515/97).
- Sentencia de 17 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin/Reino Unido* (28957/95).
- Sentencia de 24 de julio de 2003, *Karner / Austria* (40016/98).

- Sentencia de 9 de octubre de 2003, *Slivenko/Letonia* (48421/99).
- Sentencia de 13 de enero de 2004, asunto *Haas/Paises Bajos* (36983/97).
- Sentencia de 26 de febrero de 2004, *Görgülü / Alemania* (74969/01).
- Sentencia de 18 de octubre de 2006, *Üner / Países Bajos* (46410/99).
- Sentencia de 31 de enero de 2006, asunto *Rodríguez da Silva/Holanda* (50435/99).
- Sentencia de 22 de enero de 2008, asunto *E.B./Francia* (43546/02).
- Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Kozak/Polonia* (13102/02).
- Sentencia de 22 de julio de 2010, *P.B. and J.S./Austria* (18984/02).
- Sentencia de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk and Kopf/Austria* (30141/04).
- Sentencia de 28 de septiembre de 2010, *J.M./Reino Unido* (37060/06).
- Sentencia de 15 de enero de 2013, asunto *Eweida y otros/Reino Unido* (48420/10, 36516/10, 51671/10 y 59842/10).
- Sentencia de 26 de junio de 2014, asunto *Menesson/Francia* (65192/11).
- Sentencia de 26 de junio de 2014, asunto *Labassee/Francia* (65941/11).

III. TRIBUNALES ESPAÑOLES:

- STC de 14 de junio de 1982, asunto 35/1982
- STC de 25 de enero de 1985, asunto 7/1985
- STC de 4 de febrero de 1988, asunto 13/1988
- STC de 25 de abril de 1991, asunto 86/1991
- STC de 13 de mayo de 1991, asunto 102/1991
- STC de 15 Enero de 2001, Rec. 502/1998
- STC 24/2001, de 29 Enero de 2001
- STC 84/2001, de 26 Marzo de 2001
- STC 215/2001, de 29 de octubre de 2001
- STC de 11 de febrero de 2002, asunto 33/2002
- STC de 24 de marzo de 2003, asunto 56/2003
- STC de 29 de septiembre de 2011, asunto 150/2011
- STC de 4 de noviembre de 2013, asunto 188/2013
- STS de 11 de julio de 1970
- STS de 5 de noviembre de 1986 (Recurso 1916/1986, RJ 12706/1986)
- STS (Sala de lo Social) de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8605)
- STS (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 1991 (RJ 1991\1858).

- STS de 19 de Junio de 1995 (Recurso 1359/94, RJ 3550/1995)
- STS de 4 de Diciembre de 1995 (Recurso 1275/95, RJ 7587/1995)
- STSud (Sala de lo Social) de 17 de julio de 1998 (RJ 1998/6263)
- STSud (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8554)
- STS de 22 de mayo de 2001 (RJ 4220/2001)
- STS (Sala de lo Social) de 23 de enero de 2002 (RJ 2002\2695)
- STS de 14 de octubre de 2004 (Recurso 2464/2003, RJ 6511/2004)
- ATS de 4 de octubre de 2005 (Recurso 3682/2004, RJ 14878/2005)
- STS (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2007 (RJ 2007\6961)
- STS (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009\1594)
- STS (Sala de lo Social) de 25 de junio de 2009 (RJ 2009\3263)
- STSJ de Andalucía de 22 de septiembre de 1998 (Recurso 2509/1998, RJ 10139/1998)
- STSJ de Galicia de 16 de febrero de 1994 (RJ 702),
- STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2001 (RJ 6454/2002).
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 1998 (AS 1998\4386).
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 17 de junio de 2000 (AS 2000\3412).

IV. TRIBUNALES EXTRANJEROS:

- Sentencia de la Corte Constitucional de Italia de 27 de diciembre de 1973, *Frontini* (183/73, GC, 1973, p. 2401)
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 29 de mayo de 1974, *Solange I* (2 BVL 52/71, BverfGE 37, 271)
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 22 de octubre de 1986, *Solange II* (BvR 197/S3, BVerfGE 73, 339)