

## **EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA: PRESENTE Y FUTURO**

**Autores:** Fotinopoulou Basurko, O. (COORD.).

**Editorial:** Atelier, Barcelona, 2017

Esta obra monográfica titulada "*El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*", coordinada por Olga Fotinopoulou Basurko, profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad del País Vasco, emprende con maestría el análisis de la movilidad internacional de los trabajadores en el ámbito comunitario. El libro aborda con profundidad la variada problemática desde el punto de vista técnico-jurídico y también práctico el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y su plasmación en la Directiva 96/71/CE y en la Ley 45/1999 de transposición al derecho interno español. La extensa obra, dividida en quince capítulos cuenta con el aporte de diversos autores de la mejor doctrina iuslaboralista, quienes siguiendo diferentes líneas argumentativas intentan explicar este complejo fenómeno.

En el primer capítulo, bajo el título "*Perspectiva socio-económica del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios*", el autor Marcel Bonnet Escuela sugiere el estudio desde una perspectiva socioeconómica. En primer lugar, establece un marco general sobre el desplazamiento de trabajadores transnacionales en la Unión Europea, y evalúa aspectos tales como la valoración del número de movimientos transnacionales de trabajadores desplazados; la proximidad geográfica y el peso que representan los autónomos dentro de este grupo de trabajadores desplazados temporalmente.

En segundo lugar, elabora un análisis comparativo de la actividad económica a la que pertenecen los trabajadores desplazados entre Estados miembros, poniendo el acento en los trabajadores del transporte en España respecto a los de la Unión Europea a partir de datos obtenidos de fuentes estadísticas y documentales nacionales. Finaliza el capítulo, con un debate acerca de la brecha salarial y la cuña fiscal para estos trabajadores, resaltando que la falta de una armonización en estos dos aspectos, provoca una diferencia salarial y una presión fiscal diferente según el país que tome como referencia.

De la mano de Mireia Llobera-Vila se plasman los capítulos segundo y tercero. Por un lado, la autora examina la *"Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores"*, y recalca la problemática que generan las primeras normas en materia de desplazamiento de trabajadores, ya que estas disposiciones no sólo desarrollan preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en materia de libre de circulación de trabajadores, sino que también van dirigidas a la supresión de obstáculos a la libre prestación de servicios, por lo quedan así establecidos los orígenes legislativos de esta institución equivalente a una relación medio/fin entre la movilidad de los trabajadores desplazados y la de sus empleadores, provocando así una disparidad normativa. Según la autora, con la llegada del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores, se da paso a una nueva regulación que abrirá la puerta al reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de circulación de los trabajadores desplazados comunitarios, ya que esta norma establece el principio de no discriminación en relación a "todo trabajador de un Estado miembro", sin excluir a los trabajadores desplazados comunitarios. Concluye el capítulo, con un análisis prolijo del elemento de temporalidad y la definición de actividades significativas; dos requisitos básicos utilizados por la Directiva 2014/67/UE, para determinar si el desplazamiento temporal del trabajador es real.

Por otro lado, desglosa las Barreras No Arancelarias (BNA). En este capítulo la línea investigadora se dirige hacia la Directiva 96/71/CE como "*Un instrumento de eliminación de barreras no arancelarias*". La autora incide en que las dificultades jurídicas y políticas, dentro del sector terciario, a las que deben enfrentarse los procesos de liberalización económica son muy amplias. Esto provoca que los operadores económicos transnacionales se enfrenten a una realidad legal muy adversa. De ahí, la insistencia en la aplicación a nivel comunitario, del principio de remoción de BNA y el desarrollo de normas como las Directivas de Servicios, para eliminar dichas restricciones.

Por otra parte, realiza un cotejo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (en adelante TJUE) en las cuales la Directiva 96/71/CE actúa como norma de mínimos en el nivel comunitario, y como norma de máximo en nivel estatal. Así, en la jurisprudencia del TJUE, dicha directiva desarrolla un rol de instrumento armonizador que imposibilita la intervención estatal en su ámbito regulador. En ese sentido, son especialmente relevantes las Sentencias *Laval*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*.

El capítulo cuarto, titulado "*El concepto de trabajador temporalmente desplazado*", de la autoría de Isabel Ribes Moreno, dedica gran parte a desglosar las diferentes situaciones que pueden derivarse de una movilidad internacional y las deficiencias que se plantean ante la construcción de un concepto uniforme de trabajador desplazado para la prestación de servicios transnacional. Destaca que ante la ausencia de tal concepto, su acepción se ha ido elaborando conforme a la interpretación del TJUE, al partir de la descripción de los supuestos de desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de la Directiva 96/71/CE.

A continuación, analiza de forma minuciosa las tres circunstancias que la Directiva considera como elementos identificativos de un trabajador desplazado. La primera de ellas es la temporalidad de la prestación; la segunda, existencia de un vínculo contractual con el empleador que le

traslada y por último la habitualidad en el referido vínculo laboral.

Finaliza el capítulo con una mención a otros supuestos controvertidos de trabajadores desplazados temporalmente, como son los trabajadores del transporte por carretera y empleados de líneas aéreas, teletrabajadores, trabajadores fronterizos, trabajadores en formación, etc., y con la aseveración de que a pesar de las modificaciones operadas por la Directiva 2014/67/UE para identificar con mayor claridad los supuestos de desplazamientos y prevenir abusos, éstas siguen siendo insuficientes.

Bajo el título "*El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal*", obra de Dulce María Cairós Barreto, se inicia el capítulo quinto. En esta ocasión, la autora realiza un estudio pormenorizado de cada uno de los tres elementos conceptuales que enuncia la Directiva para considerar un desplazamiento temporal transnacional. En primer lugar, el negocio que da amparo al supuesto de hecho debe producirse entre dos empresas válidamente instaladas en más de un Estado miembro. En segundo lugar, el desplazamiento debe ser temporal y por último; debe tener como objeto la realización de un tipo de actividad en el marco del contrato de trabajo celebrado con la empresa de origen.

La autora recalca que estos requisitos son enunciados con bastante generalidad, por tanto, la falta de uno de ellos no convierte al desplazamiento en irregular o ilícito con carácter general, sino que se declara fuera del ámbito de regulación de la Directiva, con lo cual se tiene que acudir, en estos casos, a las normas de determinación de ley aplicable, en especial al Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Otra cuestión muy interesante estudiada en este capítulo se refiere a unos supuestos conocidos como *letter-box companies* o empresas buzón o pantalla. Sobre éste en particular, señala, que se está ante una gran problemática

difícil de controlar, originando amplias lagunas jurídicas, que ha sido denunciado en múltiples ocasiones. Es una práctica bastante frecuente en estos últimos años, donde una empresa se establece legalmente en un Estado miembro pero no desempeña ninguna actividad real, sino que lo hace sólo para beneficiarse de su legislación de trabajo y de su seguridad social. Este fenómeno tiene como objetivo burlar las reglas de competencia contribuyendo a promover el *dumping* social y las desigualdades dentro de la Unión Europea.

En el capítulo sexto, Juana María Serrano García circunscribe el estudio en torno a la "*Responsabilidad en las contrata y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal*". Este capítulo gira en torno al desplazamiento de trabajadores dentro de la UE en el marco de una contrata o subcontrata pero no sólo de los problemas de desplazamiento internacional, sino también con los propios de las externalizaciones. La autora da cuenta de la posición doctrinal acerca de la introducción de un principio de igualdad de trato entre trabajadores de la empresa principal y la empresa contratista en sede de externalización productiva. Es decir, que los Estados miembros deberían obligar al contratista principal a que sólo acepte subcontratistas si estos se comprometen a respetar determinadas normas, como por ejemplo las derivadas de convenios colectivos. De esta forma, si se adopta una norma de esta naturaleza a nivel nacional, los Estados miembros pueden también aplicarla a los subcontratistas que desplazan trabajadores a su territorio.

Por otro lado, precisa, que el sistema de responsabilidad establecido en la Directiva 2014/67 en materia de contrata y subcontratas es una norma de mínimos, discrecional y además reducida, pues se limita al primer escalón de la cadena de contrata, es decir, "al contratista del que el empleador sea el subcontratista directo". Sin embargo, la norma comunitaria no pone límites a la subcontratación, haciendo hincapié en que hubiera sido conveniente una disposición que limite también el número de niveles de

subcontratación. Concluye diciendo que la citada Directiva, adolece de una falta de contundencia y no es suficientemente exigente con los Estados miembros en cuanto a las responsabilidades exigibles a las empresas implicadas, a los aspectos por los que se puede responsabilizar o la extensión de las cadenas de subcontratación, quedando en manos de las leyes de transposición estatales un nivel más alto de tales exigencias.

En el transcurso del capítulo séptimo titulado: "*Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados*", su autora, María Encarnación Gil Pérez, estudia desde el punto de vista técnico-jurídico el fenómeno del desplazamiento temporal en el marco de la prestación de servicios transnacional y el desarrollo normativo en la Directiva 96/71CE, en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de transposición al ordenamiento español y la Directiva 2014/67/UE. En este contexto, señala que el objetivo de la Directiva 96/71/CE fue unificar las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores transfronterizos en el marco de las prestaciones de servicios intracomunitarios para evitar desigualdades dada la diversidad de ordenamientos jurídico-laborales existentes en el ámbito comunitario. Por eso, se establecieron una serie de condiciones de trabajo y empleo mínimas que permita dotar de seguridad jurídica e igualdad de trato en materia laboral a estos trabajadores. No obstante, se trata de unas condiciones mínimas que no implican igualdad total entre los trabajadores.

A continuación, el trabajo investigador se orienta al estudio de los principales componentes de este contenido mínimo en las condiciones de trabajo y los diversos problemas que plantea. Por ejemplo; el tiempo de trabajo o el salario mínimo interprofesional, la seguridad y salud de los trabajadores, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, así como el derecho a la libre sindicación y los derechos de huelga y reunión de estos trabajadores desplazados, etc.

Otro capítulo destacado de esta monografía es el que se encuentra en el número octavo, relacionado con *"El papel de los interlocutores sociales en el establecimiento de las condiciones laborales en el estado de acogida de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional"*, firmado por Natividad Mendoza Navas. Sobre este respecto, analiza detenidamente los contenidos de la negociación colectiva y la tutela de los intereses de los trabajadores desplazados a través de los representantes, refiriéndose en forma particular a los comités de empresa.

Se trata pues, de un riguroso estudio sobre qué cobertura ofrece la negociación colectiva tanto a los trabajadores desplazados desde España a otro Estado miembro como a aquellos que tienen como país destino a España. Sobre esto, señala la autora, que a pesar de que la negociación colectiva se considera el instrumento idóneo para establecer y garantizar los derechos laborales de los trabajadores desplazados, la realidad apunta a que los convenios colectivos apenas se pronuncian al respecto. Indica además, que es necesaria la intervención de las instancias de representación del personal en especial de los que actúan a escala europea, al ser éste el espacio en el que se desenvuelven los desplazamientos.

Uno de los temas más interesantes de la obra se encuentra en el capítulo nueve y lleva por título *"Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores"*, a cargo de José María Miranda Boto y Olga Fotinopoulou Basurko.

Fruto de un magnífico análisis, los autores introducen el estudio, indicando que es preciso un breve deslinde terminológico entre las "cláusulas de empleo y condiciones de trabajo" de aquellas cláusulas simplemente "sociales". Esto es así, debido a que en las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva 2014/24/UE se plantea esta dualidad en términos legislativos. Y según qué ordenamiento se examina, la traducción de estas palabras puede tener consecuencias transcendentales.

Destacan, que la cuestión sería irrelevante, si en la normativa europea del siglo XXI, los contenidos “sociales” no hubieran anulado completamente a la otrora cuestión social reverenciada en los diversos idiomas.

Al entrar en materia propiamente, abordan con detenimiento la evolución histórica normativa aplicable en materia de cláusulas sociales en el marco de una contratación en el sector público.

Este desglose normativo se inicia con las Directivas aprobadas en los años 70, en cuyo contenido podía apreciarse una mínima mención de la materia social. Con posterioridad, ha habido un leve avance, hasta llegar al derecho general vigente del año 2016 en la que se aprueba la nueva regulación sobre contratación pública en la Unión Europea. En ese sentido, los autores ponen el acento en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, pues, en su contenido la dimensión socio-laboral ha ganado presencia.

Respecto al panorama jurisprudencial del TJUE en materia de contratación pública, condicionada por cláusulas de tipo laboral, los autores contraponen unos pronunciamientos en la cuales se deduce un cambio de postura por parte del tribunal europeo. Así, en primer lugar se trae a colación el caso *Rüffert* y el caso *Bundesdruckerei*, donde era palpable una clara preferencia por los intereses mercantiles sobre lo social. En segundo lugar, el caso *RegioPost*, en la cual se aprecia un giro a la posición adoptada por el tribunal en los anteriores casos, dando indicaciones claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido socio-laboral en la contratación pública, impulsando de este modo la nueva regulación vigente a partir del 2016.

Finalizan este título haciendo una breve referencia al Art. 4 del Reglamento No. 3577/92, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados Miembros (cabotaje marítimo), donde se permite incluir cláusulas sociales en los pliegos de condiciones en el marco de transporte de cabotaje marítimo intraeuropeo.

El capítulo diez titulado "*El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea*", autoría de Xosé Manuel Carril Vázquez, aborda, por un lado, el tema del desplazamiento laboral de nacionales de terceros países que, residiendo y trabajando en el territorio de la Unión Europea por cuenta de un prestador de servicios aquí establecido, son desplazados en el marco de una prestación de servicios a otro Estado miembro. Y por otro lado, el desplazamiento laboral de nacionales de terceros países que, residiendo y trabajando fuera del territorio de la Unión Europea por cuenta de un prestador de servicios de terceros países, tienen que trasladarse a dicho territorio para desarrollar su actividad laboral.

En ese sentido, destaca el autor, que el derecho de los prestadores de servicios de un Estado miembro a desplazar a su personal aunque se trate de personas que no sean ciudadanas de la Unión Europea sino nacionales de un tercer Estado, siempre que esté legalmente en el territorio de la Unión Europea, es una cuestión no armonizada en el plano de la Unión Europea, pero se reconoce como un derecho implícito a la libre prestación de servicios en la jurisprudencia del TJUE, con especial referencia a las numerosas propuestas específicas para cubrir esta ausencia de regulación.

Por otro lado, también analiza la movilidad laboral específica ligada a la existencia de intercambios de servicios a nivel internacional que son objeto de negociación en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio y de los Acuerdos de Libre Comercio bilaterales, complementada y facilitada por la Directiva 2014/66/UE.

Dentro del extenso capítulo once, titulado "*Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. Temporalidad en las normas de derecho internacional privado del trabajo europeas*", Olga Fotinopoulou Basurko aborda en forma de reflexión acerca de la influencia futura de las distintas interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia sobre la noción de habitualidad y territorialidad; dos elementos esenciales para identificar la aplicación del criterio *lex loci*

*laboris*, contenido en el art. 8.2 Roma I y sobre el que se proyecta el mecanismo corrector de la Directiva 96/71/CE.

A partir de aquí, la autora sugiere un sustancioso debate sobre la problemática que se genera en torno a dos elementos: en primer lugar, la territorialidad, identificada con el complejo concepto de "país", indicando que no siempre es fácil determinar, en especial en aquellas prestaciones plurilocalizadas que no se desarrollan dentro de la soberanía de un Estado. Por eso, sostiene que el art. 8.2 Roma I debería someterse a una revisión, pues, sería más conveniente utilizar como referencia la noción "lugar" que no "país" que contiene el Reglamento Bruselas I (bis) tal como lo vienen interpretando la jurisprudencia del TJUE como los teóricos del Derecho Internacional Privado.

En segundo lugar, el elemento de la "habitualidad", criterio que tampoco está exenta de complicaciones interpretativas, pues es necesario contraponer a la noción de "temporalidad". La distinción interpretativa de estos elementos se ha ido generando a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en casos muy destacados como el de *Mulox, Rutten, Koelzsch y Schlecker*.

Asimismo, la autora reprocha la ausencia de un criterio temporal para determinar los supuestos de desplazamiento transnacional de trabajadores. Pues, tanto los instrumentos conflictuales como la Directiva 96/71/CE guardan silencio en relación con la concreción de un plazo que defina la temporalidad. En este sentido, destaca que si bien es cierto, la Directiva 2014/67/UE ha establecido una serie de criterios para concretar esta noción controvertida, la dificultad para delimitarla sigue estando muy presente.

A continuación, en el capítulo doce, de la mano de Ascensión García Trascasas, cuyo título "*Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales*" describe la situación de los trabajadores del sector transporte, cuyas condiciones de trabajo se considera altamente precarias y es considerado un colectivo particularmente afectado por el *dumping* social. También pone de relieve las diferentes propuestas de actuaciones

sobre los trabajadores desplazados y sobre la relación entre libertades económicas y el ejercicio de medidas de conflicto colectivo.

En esta sección también da cuenta de la jurisprudencia del TJUE mencionando a un cuartero de importantes sentencias, como es el caso *Viking, Laval, Ruffert* y *Comisión contra Luxemburgo*, para hacer una crítica sobre la línea seguida por el tribunal. En estos casos, se han fijado una serie de pautas negativas para los trabajadores y sus organizaciones representativas y que a pesar de haber transcurrido una década desde su pronunciamiento no han sido corregidas. También analiza la especial repercusión que ha tenido esta jurisprudencia en los ámbitos nacionales de algunos Estados miembros, produciendo graves efectos para el derecho a la libertad sindical y la defensa de los derechos de los trabajadores.

En el transcurso del capítulo trece, titulado "*Acceso a la información en el marco de las condiciones de empleo y la cooperación administrativa entre los estados miembros en el contexto del desplazamiento de trabajadores*", Miren Edurne López Rubia y Mikel Urrutikoetxea Barrutia hacen una crítica a la regulación contenida en la Directiva 96/71/UE sobre el acceso a la información, para destacar que es bastante parca y escasa. También señalan que la falta de información genera distorsiones y desigualdades en el mercado y para corregirlo y lograr un equilibrio es necesaria la mejora del acceso a dicha información.

De este modo, ponen de manifiesto que uno de los objetivos de la Directiva 2014/67/UE es mejorar este aspecto y facilitar el cumplimiento de las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro de acogida, obligando a los Estados a la adopción de determinadas medidas para garantizar que los prestadores de servicios puedan acceder a la información sobre condiciones de empleo respecto de los trabajadores desplazados. Resaltan también dos novedades importantes en esta directiva. Uno de ellos es la implementación de un sitio web único a nivel nacional disponible de forma pública y gratuita y otro, referido a la

existencia de un mandato de asistencia mutua entre los Estados miembros sin demoras y de forma justificada.

En el penúltimo capítulo, bajo la rúbrica "*Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: el papel de la inspección de trabajo*", de la autoría de María Luisa Martín Hernández, ahonda en el análisis de las principales dificultades que presenta el control de las situaciones de desplazamiento, la falta de eficacia y observancia por parte de los Estados de las prescripciones la Directiva 96/71/CE que no sólo obedecen a razones de índole jurídica sino también a motivaciones de carácter fundamentalmente práctico.

Para un estudio más profundo sobre el tema, relaciona las diferentes Resoluciones aprobadas por el Parlamento Europeo a lo largo de esta última década, para corregir estos inconvenientes, en especial en lo relativo a la falta de ejecución de las disposiciones de la Directiva dentro de los lugares de trabajo y a la ausencia de control adecuado por parte de los organismos competentes en los Estados.

Al continuar con el estudio, enfatiza las previsiones de la Directiva 2014/67/UE con un desglose de los requisitos que deben cumplir las medidas de seguimiento y control adoptadas a nivel interno por los Estados miembros. Remata el capítulo con un análisis detallado de los medios materiales y humanos con los que deben contar dichos Estados para aplicar efectivamente las específicas medidas de supervisión y comprobación establecidas.

En el epílogo de esta extensa obra, se encuentra el trabajo realizado por Nieves Martínez Gayoso, titulado "*Algunos aspectos sobre las garantías de cumplimiento establecidas para facilitar la protección de los trabajadores desplazados*".

La autora pretende despejar fundamentalmente, si el ordenamiento jurídico español ha implementado suficientes mecanismos para garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE o por el contrario, si, a la luz de la Directiva 2014/67/UE, hace falta una adopción de medidas para armonizar la directiva con el derecho interno. El estudio se centra en dos ejes: por un lado; la intervención de los

sindicatos en la tutela judicial de los trabajadores desplazados y por otro lado; la extensión de las responsabilidades en la subcontratación hacia el contratista.

Estudia con detenimiento el papel procesal del sindicato en la defensa, tanto, de sus propios intereses como la de los intereses colectivos. También hace mención al papel de las asociaciones empresariales en los conflictos individuales de trascendencia colectiva. En este sentido se detiene particularmente en el análisis de los principales supuestos en los que pueden intervenir como coadyuvante. Respecto a la responsabilidad en la subcontratación, reitera que la regulación española en esta materia va en la línea de responsabilidad que propone la Directiva 2014/67/UE. A esta conclusión llega después de un exhaustivo análisis comparativo con el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

NIDIA ESTHER AQUINO AQUINO

Abogada

[niditaesther@gmail.com](mailto:niditaesther@gmail.com)