



Federación Europea de los Trabajadores del Transporte

Dumping social en el sector del transporte

Adoración Guaman y Antonio Loffredo



Este informe se produjo con el financiamiento de la Comisión Europea en el marco del proyecto “Transporte inclusivo y justo en Europa” (referencia VS/2015/0230).

Authors:

Adoración Guaman, University of Valencia

Antonio Loffredo, University of Siena

Disclaimer:

Responsibility for the information and views set out in this report lies entirely with the authors. The information and views set out in the report do not necessarily reflect the views of ETF or the European Commission and they are not responsible for any use that may be made of the information it contains.



1. Introducción	6
2. Elusión y evasión normativa, y <i>Dumping Social</i> : un intento de definición.....	10
3. La elusión normativa en los casos de contratos de trabajo con elementos transnacionales: límites y vías de escape.....	23
3.1. Elección de legislación y normas especiales para los contratos de empleo en el Reglamento Roma I: ¿problema o solución?.....	24
3.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre la elección de la ley aplicable y sus límites	26
3.3. Jurisprudencia nacional sobre la elección de la ley aplicable y los contratos de trabajo: un ejemplo desde los Países Bajos	31
4. La elusión normativa como fenómeno vinculado a la libre prestación de servicios en el seno de la UE: las insuficiencias normativas	34
4.1. Directiva 96/71 y sus problemas: ¿una forma de mejorar o impedir el <i>dumping social</i> ?	36
4.2. La Directiva 2014/67: ¿una solución efectiva?	43
4.3. La reforma de la Directiva 96/71	46
4.4. La gestión de los desplazamientos de los trabajadores en el plano estatal y la posición de la Comisión Europea: algunos ejemplos de buenas y malas prácticas ..	53
5. El transporte y el <i>dumping social</i> : problemas y soluciones para el fraude de ley y la elusión	57
5.1. La reglamentación del transporte por carretera.....	57
5.2. El «paquete de la carretera» de 2009	58
5.3. La necesidad de cooperación administrativa en el cabotaje	60
5.4. Los conductores internacionales como «trabajadores de alta movilidad»	62
5.5. La vía hacia las reformas del Paquete de carretera y Desplazamiento	64
5.6. La propuesta de un nuevo paquete de la carretera de mayo 2017	66
6. Una competencia a la baja basada en las condiciones de trabajo: algunos ejemplos de elusión y evasión en el sector del transporte	68
6.1 El asunto de la República Eslovaca.....	68
6.2. Las consecuencias de la economía del trabajo esporádico en el sector del transporte: el asunto FlixBus.....	71
a) Transporte internacional de pasajeros en autocar.	72
b) La fórmula FlixBus.....	73
6.3 Algunas propuestas sobre cómo tratar con las empresas digitales del transporte	74



1. Introducción

Las diferencias existentes entre los Estados miembros de la Unión Europea, respecto de las condiciones de trabajo aplicables en sus territorios, están generando un número creciente de problemas que afectan a trabajadores, empresas y Estados, así como a la propia evolución del proyecto de integración europea.

El aumento de la movilidad de factores económicos y trabajadores en el espacio de la Unión se conjuga con el mantenimiento de la disparidad en cuanto a salarios y derechos vinculados al trabajo en el ámbito estatal, propiciando o permitiendo prácticas de elusión y de evasión normativa (*legal avoidance and legal evasion*). La falta de claridad respecto a la definición de *Dumping Social* -y la amplitud del contenido de esta expresión- aconsejan que, cuanto antes, se empiecen a utilizar otros tipos de fórmulas jurídicas, típicas, por otro lado, de la disciplina fiscal, para explicar y abordar este fenómeno, y que se luche contra estas prácticas que se están desarrollando en el ámbito de la Unión Europea¹. La idea principal es que, aun cuando no se realice una actuación de fraude de ley, el actual marco jurídico que regula la movilidad de factores económicos, entre ellos la mano de obra, en la Unión Europea, permite eludir la normativa laboral, con las consiguientes consecuencias negativas para la sociedad en general.

La elusión normativa puede ser definida como aquella práctica empresarial que consiste en evitar o reducir las obligaciones en materia social y laboral mediante la movilidad transnacional, ya sea la prestación transnacional de servicios, ya sea la reubicación de la propia empresa, aprovechando las diferencias en materia laboral y salarial que se dan en el seno de la UE. Se trata de prácticas permitidas por el marco normativo vigente, y en particular -pero no exclusivamente- por la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores. Pueden encuadrarse en el marco de la “elusión normativa” muchas de las manifestaciones del *Dumping Social* que, como veremos, se producen a diario en el ámbito de la UE.

La evasión normativa, en cambio, hace referencia a un comportamiento contrario al Derecho de la UE o de los Estados miembros, que busca crear una ficción jurídica a efectos de evitar el cumplimiento de una determinada norma laboral o la aplicación de un determinado nivel salarial. Se trata de un comportamiento empresarial fraudulento, que, según el reciente informe de Eurofound² puede incluir tres tipos de conductas. En primer lugar, la contratación laboral fraudulenta, que se refiere al uso de una «apariencia» formal de empleo o de contratación legal en situaciones que no cumplen los requisitos necesarios³, donde encuadraríamos el fenómeno de las sociedades fantasmas (*Letter Box Companies*), o el falso autoempleo (*Bogus self*

¹ Ver el Paquete de Lucha contra la Elusión Fiscal presentado por la Comisión Europea en enero de 2015 y su desarrollo.

² Eurofound (2016), *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo.

³ “Los acuerdos fraudulentos se dirigen a aparentar una forma legítima de contratación, ya que utilizan relaciones contractuales/laborales legales, pero, cuando se examinan detenidamente, el supuesto contrato oculta una relación laboral distinta y/o un empleador diferente. Por esta razón, la contratación laboral fraudulenta constituye un abuso de las relaciones legales vigentes, ya sean laborales o contractuales. Si se llevara a los tribunales, la relación laboral o contractual sería (re)calificada en la forma correcta o se identificaría al verdadero empleador». Ibidem.

employment), así como los contratos temporales fraudulentos; en segundo lugar, la contratación ilícita de trabajo, que ocurre cuando las circunstancias del empleo o la relación contractual no se ajustan a los requisitos de ningún contrato formal y, por último, la contratación laboral no declarada, que incluye el empleo o las relaciones contractuales que serían totalmente legales si se declarasen.

Siguiendo de nuevo el estudio de Eurofound es posible identificar las tres formas más habituales de uso fraudulento de la contratación laboral: autoempleo, empleo de duración determinada, y desplazamiento de trabajadores⁴. En muchas ocasiones, la contratación fraudulenta es el resultado de una conducta que no implica la movilidad transnacional; sin embargo, en otro creciente número de situaciones, este uso fraudulento de las normas laborales se produce mediante una conducta de *Dumping Social*, caracterizada en estos casos por su clara ilegalidad.

Como hemos señalado, tanto las conductas de elusión como las de evasión normativa benefician a determinadas empresas en detrimento de un amplio conjunto de bienes y derechos jurídicos protegidos por el propio ordenamiento de la Unión, como son los siguientes: el derecho a la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE), el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (arts. 18 y 45 TFUE), y a la igualdad entre mujeres y hombres (art. 8 TFUE)⁵; la protección de las pymes (art. 173) o la competencia no falseada (Protocolo 27 del TUE). Por otro lado, como indica el art. 3 del TFUE, es una obligación de la Unión el fomento de la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros⁶. En la misma línea, el art. 9 del TFUE consagra la promoción de una alta tasa de empleo, la garantía de la protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, y un alto nivel de educación, formación y protección a la salud humana como principios fundamentales de la Unión.

Pese a todos los esfuerzos, y como veremos en las páginas siguientes, las situaciones de elusión y evasión de la normativa laboral no solo permanecen, sino que aumentan. De hecho, estos fenómenos de elusión y evasión normativa están sobradamente documentados y, como hemos señalado, se producen tanto en las situaciones de desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones

⁴ «En 23 de los 29 países incluidos en este estudio (79 %), los corresponsales nacionales informaron que el uso fraudulento del autoempleo era ‘significativo’. En más de la mitad de los países (16 de 29 países, o 55 %), se mencionó el uso fraudulento del empleo de duración determinada, mientras que el abuso en el desplazamiento de trabajadores se mencionó en 15 países (52 %). En menos de la mitad de los países, se informó del uso fraudulento de las otras formas de contratación laboral: contratación por agencias de trabajo temporal (12 países o el 41 %), de aprendizaje y de formación (11 países o el 38 %), relaciones contractuales entre empresas o dentro de grupos de empresas (10 países o el 34 %), y otras formas de trabajo temporal, tales como los contratos por obra y servicio, eventuales o estacionales (7 países o el 24 %)». Ibidem.

⁵ En el Informe sobre el *Dumping Social* del Parlamento Europeo de 18 de agosto de 2016 (2015/2255(INI)) se señala que «la brecha en el salario entre géneros todavía existe y (...) la situación se ve exacerbada por el *dumping social* que, junto con la brecha salarial entre géneros, conduce a una brecha de pensiones entre los géneros, que coloca a las mujeres de edad avanzada en un mayor riesgo de pobreza del que tienen los hombres de edad avanzada».

⁶ En este sentido, el Informe anterior también señala que «aunque uno de los principios esenciales de las políticas de la UE es la cohesión social, lo que significa la aproximación constante y progresiva de los salarios y la garantía de la protección de la seguridad social para todos los trabajadores, ya sean locales o móviles, a pesar de ello persisten sustanciales diferencias en las condiciones laborales y salariales en la Unión, y a pesar de que la convergencia social ascendente es clave para la prosperidad y el aumento de la demanda interna en toda la Unión, todavía los diferenciales en los salarios están entre las principales razones para la marcha de los trabajadores de sus países de origen.»

transnacionales de servicios, como en el marco de la propia movilidad empresarial derivada del ejercicio de la libre circulación de las empresas en el ámbito de la UE. A lo largo de las páginas de este informe se aportará la prueba de la existencia de este tipo de prácticas, tanto desde el punto de vista jurídico, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, o en la jurisprudencia de distintos tribunales estatales, como desde el punto de vista político, con los distintos informes del Parlamento Europeo y de la Comisión relativos al *Dumping Social* o a la reforma de la Directiva 96/71. De hecho, la propia Directiva 2014/67/UE, cuya trasposición no se ha completado todavía, se concibió como un instrumento para luchar contra los distintos tipos de fraude identificados en el contexto del desplazamiento de los trabajadores, y para aumentar la protección de los trabajadores desplazados.

En este sentido, el propio presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en su exposición de la Situación de la Unión de 2015⁷, resaltó la necesidad de un mercado laboral verdaderamente paneuropeo y más justo, que se podría conseguir promoviendo y salvaguardando el «libre movimiento de ciudadanos como un derecho fundamental de nuestra Unión, al mismo tiempo que se evitan los casos de abusos y los riesgos de *dumping social*». En una línea similar se han pronunciado, por ejemplo, el Parlamento Europeo⁸ o el Comité Económico y Social de la UE⁹.

Entre los sectores afectados por estas prácticas se encuentra, sin lugar a dudas, el sector del transporte¹⁰, que constituye un ejemplo paradigmático del conflicto entre las libertades económicas y los derechos sociales. En este sector resulta ciertamente evidente que las prácticas abusivas (elusión y evasión de las normativas) tienen el constante objetivo de la reducción de los costes laborales hasta límites insospechables, lo cual es sumamente grave en un sector tan esencial, hasta el punto de que, sin el transporte, ni siquiera existiría el mercado¹¹.

El presente informe se ciñe al objetivo de identificar las prácticas de elusión y evasión normativa en el sector del transporte y dar líneas jurídicas para su control y supresión. Para ello, se ha dividido el estudio en las siguientes áreas: en primer lugar se plantea la necesidad de acometer la compleja definición del término que se asocia habitualmente a las prácticas mencionadas, pero que carece de una delimitación jurídica

⁷<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71925&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=498309>

⁸ Informe sobre el *Dumping Social* del Parlamento Europeo de 18 de agosto de 2016 (2015/2255(INI))

⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “El mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje” (Dictamen exploratorio) (2016/C 013/26)

¹⁰ Informe sobre el *Dumping Social*, Parlamento Europeo: “Considerando que el aumento de las prácticas abusivas y del ejercicio del dumping social debilitan el apoyo al principio del mercado interior y a la competitividad de las empresas, en particular de las pymes, socava los derechos de los trabajadores europeos y la confianza en la integración europea, y hace indispensable una auténtica convergencia social; que los principales sectores afectados son la agricultura, la construcción, la restauración y el sector alimentario, el transporte, la salud, y los servicios asistenciales y domésticos; considerando que el número de trabajadores desplazados en la Unión asciende a 1,92 millones, principalmente en los sectores de la construcción (47,7 % de los trabajadores desplazados), los servicios, el transporte, las comunicaciones y la agricultura”

¹¹ Commissione Europea, Direzione generale dell'energia e dei trasporti, *Trasporti su strada. Cosa fa l'Europa?*, 2004, 1.

clara: “*Dumping Social*”. La segunda parte del informe se orienta a la delimitación del marco jurídico donde se desarrollan ambas prácticas, es decir, las normas de la Unión Europea que encuadran la libertad de circulación, fundamentalmente de servicios, y de establecimiento. El punto de partida, como marco general, será el Reglamento Roma I, que regula los contratos de trabajo con elementos internacionales. La tercera parte del informe se centra en la normativa aplicable al sector del transporte y al control de las prácticas señaladas. Por último, la cuarta parte del informe se dedica a los estudios de caso, donde se detallan determinadas prácticas empresariales que pueden calificarse dentro del marco de la elusión o evasión de las normas laborales, así como la respuesta de los sindicatos, de los operadores jurídicos estatales, y del Tribunal de Justicia.

2. Elusión y evasión normativa, y *Dumping Social*: un intento de definición

El análisis de las prácticas de elusión y evasión fiscal requiere, como señalábamos en la introducción, acometer la tarea de definir uno de los conceptos básicos que se están utilizando para la caracterización de estos fenómenos en el ámbito de la UE, que no es otro que «*dumping social*».

Las distintas definiciones doctrinales acerca del concepto de *dumping social* indican que nos encontramos ante una construcción teórica carente de univocidad, y con carácter evolutivo y multidireccional¹², ligada al desarrollo de las distintas formas de integración económica supranacional, en particular -pero no exclusivamente- en la Unión Europea, y vinculadas, igualmente, a las consecuencias de la realización y promoción de la movilidad transnacional de trabajadores, servicios y empresas.

Así, es una cuestión comúnmente aceptada que las experiencias de integración económica provocan una confrontación permanente, derivada de la puesta en convivencia de distintos estándares laborales. Aun cuando en los acuerdos comerciales o los tratados de integración económica no se obliga directamente a las partes a reducir sus estándares laborales, dejándoles libertad o incluso estableciendo mínimos comunes, desde el momento en el que el capital adquiere libertad de movimiento, va a tender a ubicarse en los lugares con menores costes sociales, tanto económicos como normativos. De esta manera, las zonas donde se mantengan o eleven los estándares laborales tenderán a perder inversiones respecto de aquellas donde se reduzcan, y este fenómeno de elección empresarial de la norma menos costosa lleva emparejada una dinámica ulterior de competencia entre los Estados (*regulatory competition*)¹³ que desemboca en una competencia a la baja (*race to the bottom*)¹⁴ en los estándares laborales, para atraer la inversión extranjera utilizando el factor trabajo como elemento de competitividad. Por añadidura, y maximizado por la imposición de las medidas de gobernanza económica, el desarrollo del Semestre Europeo con las recomendaciones por país¹⁵ y la adopción de los Tratados de Comercio de Nueva Generación -como el Acuerdo entre la UE y Canadá, AECG (o CETA, por sus siglas en inglés)- se está

¹² Sobre las diferentes aproximaciones teóricas al concepto de *dumping social* vid. BERNACIAK, M., “Social dumping: political catchphrase or threat to labour standards?”, Working Paper 2012.06, European trade union institute.

¹³ Sobre este fenómeno en el ámbito de la UE vid. el texto, ya clásico: BARNARD, C., DEAKIN, S., “Market access and regulatory competition”, Jean Monnet Working Paper 9/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/pa-pers/01/012701.rtf>.

¹⁴ HEPPLER, B., “New Approaches to International Labour Regulation”, ILJ, núm. 26, 1997, pág. 353. Se refiere este autor, al igual que BARNARD a un comportamiento empresarial derivado de la existencia de estándares normativos disímiles, diferenciando el término de la competencia normativa y de la competencia a la baja. Vid. BARNARD, C., “Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware”, E.L. Rev., 2000, 25 (1), pág. 57. Otros autores sostienen que esta competencia a la baja en los niveles de protección social es un fenómeno imparable que se deriva, igualmente, del proceso de integración comunitaria. En este sentido vid. MUIR WATT, H., “La concurrence entre systèmes juridiques”, Le Group de prospective du Sénat, disponible en http://www.Prospective.org/gps_front/index.php?rubrique_id=13-&tpl_id=2&contenu_id=385&id=913&lettre=.

¹⁵ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*, Albacete, Bomarzo, 2015.

evidenciando otro fenómeno, como es la limitación directa o indirecta de la capacidad de regular en materia de trabajo y seguridad social del Estado y sus administraciones públicas (*regulatory chill*)¹⁶.

El punto común en la totalidad de las aproximaciones al concepto de «*dumping social*» es la calificación de sus consecuencias como negativas en términos de garantías de los derechos de los trabajadores, y de mantenimiento de los estándares sociales y laborales. Aparte de este acuerdo, el contenido de las prácticas que pueden ser calificadas como *dumping social*, los agentes implicados, beneficiados o perjudicados, así como las consecuencias a medio y largo plazo son cuestiones controvertidas, para cuyo tratamiento es preceptivo realizar un repaso de las definiciones más significativas y centrarnos en el escenario de la Unión Europea.

En términos muy generales, el *dumping social* ha sido definido como la práctica relativa a la exportación de mercancías desde un país con estándares laborales débiles o deficientes, donde los costes de exportación son artificialmente más bajos que aquellos existentes en los países con estándares más altos, por lo que representa una ventaja desleal en el comercio internacional. El *dumping* sería por tanto la conducta empresarial orientada a aprovechar las diferencias entre los costes laborales directos o indirectos. Esta conducta provoca consecuencias negativas respecto de los estándares sociales y laborales de otros países¹⁷. Esta definición genérica ofrece una consideración parcial del objeto de análisis que no abarca su plasmación actual en el ámbito de las experiencias de integración económica supranacional.

Dejando pues de lado esta definición, vamos a partir de la asunción de que el *dumping social* es una conducta empresarial que orienta su movilidad en función de los beneficios económicos que pueda obtener mediante la elusión o la evasión de normas laborales. Como hemos visto, existen numerosos tipos de conductas que pueden incluirse en el concepto y que pueden consistir en un comportamiento legal o ilegal, e incluir un amplio espectro de variables. Lo que es indudable es que esta conducta es cada vez más frecuente, particularmente en el ámbito de la Unión Europea, donde la construcción del mercado interior ha multiplicado los supuestos de prestaciones transfronterizas de servicios, y de movilidad transnacional de empresas para establecerse en otros estados.

Este aumento exponencial de la movilidad empresarial no plantearía problemas jurídico-laborales en un espacio integrado, tanto en relación con el mercado de bienes y servicios, como respecto del mercado de trabajo. Sin embargo, es bien sabido que en el ámbito de la Unión existe una situación asimétrica, pues la consecución del mercado interior de trabajo unificado con normas comunes es una realidad alejada del avanzado estado de integración económica. Por ello, los desplazamientos de servicios, y por tanto de mano de obra, así como la libertad de establecimiento empresarial implican la coexistencia de sistemas jurídico-laborales distintos y, por tanto, de niveles de protección diferentes¹⁸. En esta situación, la voluntad de las empresas de aprovechar la

¹⁶ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., CONESA DE LARA, J., El CETA al descubierto: las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá, Albacete, Bomarzo, 2015.

¹⁷ Eurofound (2012) 'Social Dumping', <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/SOCIALDUMPING.htm> (16/01/2012).

¹⁸ BARNARD, C. y DEAKIN, S., «Market access and regulatory competition», Jean Monnet Working Paper 9/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/pa-pers/01/012701.rtf>; ROBIN-OLIVIER, S., "La

norma social menos costosa, afirmando la continuidad jurídica de la relación de trabajo, les permite utilizar los diferentes estándares laborales como factor de competencia¹⁹, mediante lo que se considera ya como una estrategia de expansión industrial²⁰ y una práctica competitiva cada vez más aceptada.

Una de las principales motivaciones de las conductas anteriormente señaladas es la posibilidad de beneficiarse de la disparidad de los salarios en el seno de la UE. El informe de impacto publicado por la Comisión en el proceso de revisión de la Directiva 96/71 señalaba la cuestión salarial como una de las principales razones de las conductas de *dumping* social. Según este informe, “la brecha de los salarios mínimos entre los Estados Miembros ha ido aumentando constantemente desde 1996, pasando de 1:3 a 1:10 el ratio entre el salario mínimo más bajo y el más alto. Y lo que es más, las distintas normas sobre salarios parecen estar en contradicción con el principio de que los proveedores de servicios transfronterizos deberían llevar a cabo sus actividades en otro Estado Miembro «en las mismas condiciones que el Estado imponga a sus propios ciudadanos» (Artículo 57 del TFUE)».

Es importante exponer, de acuerdo con el análisis de la Comisión, que «el efecto de estas disposiciones en el mercado laboral es la segmentación entre los trabajadores locales y los desplazados. Se informa que los trabajadores desplazados reciben una remuneración más baja que los trabajadores locales, especialmente en países receptores de la UE, tales como Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, los Países Bajos y Suecia». El transporte por carretera es uno de los sectores de alto coeficiente de mano de obra donde los trabajadores suelen recibir los salarios más bajos; en este sector, la brecha entre el salario de los trabajadores locales y desplazados puede llegar hasta el 50 %, tal y como ocurre en Bélgica²¹.

mobilité internationale du salarié”, *Droit Social*, núm. 5, 2005, p. 495; LYON-CAEN, A., «Droit du travail et libéralisation des échanges: regards sur leur liaison», en LYON-CAEN, A. y PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro: atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 14-19, giugno 2004*, CEDAM, Padova, 2005, p. 28.

¹⁹ LYON-CAEN G. y LYON-CAEN, A., *Droit Social international et européen*, Dalloz, Paris, 7.^a ed., 1991), p. 214.

²⁰ de todos ellos, LYON-CAEN, A., «Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives», *RMCUE*, núm. 344, 1991, p. 108; Esta afirmación se ha convertido en un lugar común tanto en la doctrina laboralista como en la dedicada al Derecho Internacional Privado. Véanse además RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «El desplazamiento temporal de trabajadores y la directiva 96/71», *Relaciones Laborales*, tomo I-1999, p. 78, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)», *RDCE*, año 6, núm. 12, 2002, p. 442; 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», *REDI*, vol. XLIX (1997), I, p. 376.

²¹ Pueden consultarse los datos en: Fondazione Giacomo Brodolini (FGB), Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 97/71/EC in a selected number of Member States and sectors [en adelante identificado como "FGB - Wage Study"], Informe final, noviembre 2015; Schiek, Oliver, Forde, Alberti, "EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law", estudio para el Comité EMPL, Parlamento Europeo, septiembre 2015; M. Houwerzijl, "The Dutch Understanding of Posting of Workers in the context of Free Services Provision and Enlargement: a Neutral Approach?", en: S. Evju, Cross-Border Services, Posting of Workers and Multilevel Governance, University of Oslo, 2013; J. Cremers, In search of cheap labour in Europe. Working and living conditions of posted workers, European Institute for Construction Labour Research – AIAS, 2010.

Debe tenerse en cuenta que, como indica el informe “Los salarios mínimos legales en la UE 2017”²², “en enero de 2017, solo en unos 22 de los 28 países de la UE se aplicaba un salario mínimo legal generalmente vinculante. En la mayoría de los Estados Miembros de la UE donde no existe un salario mínimo establecido (Austria, Dinamarca, Finlandia, Italia y Suecia), el nivel del salario mínimo se fija, *de facto*, en los convenios colectivos (sectoriales). Es importante señalar que la cobertura de estos acuerdos varía entre los distintos países, y que como algunos empleados no están cubiertos, puede que no tengan un salario mínimo». Pero más allá de la existencia o no de salarios mínimos, el dato más importante son las diferencias entre estos. Como han detallado otros autores, en países con regímenes universales de salarios mínimos se pueden distinguir tres grupos en relación con el nivel de salarios mínimos nacionales²³: desde un primer grupo con salarios como los de Luxemburgo o Francia (entre aproximadamente 10/11 euros la hora), a un tercer grupo con salarios mínimos como los de Rumanía (con 1,65 euros a la hora).

En este escenario, el problema no son sólo las diferencias existentes entre los niveles salariales, sino la falta de voluntad de avanzar hacia la paulatina homogeneización de los mismos. Hemos encontrado una clara muestra de ello a lo largo del debate para la reforma de la Directiva 96/71, en particular con la posición mantenida por catorce Estados miembros, todos del este de la UE (a los que se añade Dinamarca), en el procedimiento de “tarjeta amarilla” dentro del marco del control de subsidiariedad. Esta postura puede ser resumida como sigue: “A la vista del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión de Asuntos Europeos [de Croacia] considera que la propuesta de Directiva podría tener repercusiones en el sentido de restringir la libre prestación de servicios dentro de la Unión. En opinión de la comisión, *el precio de la mano de obra es un elemento legítimo de la competitividad de una empresa en el mercado interior de la Unión*”²⁴.

La claridad del acuerdo, compartido, con pequeñas variaciones, por los 13 de los 14 países que presentaron la «tarjeta amarilla», evidencia de nuevo que las experiencias de integración del mercado provocan una confrontación permanente derivada de la convivencia de distintos estándares laborales que sitúan a los Estados miembros en una

²² EUROFOUND, Statutory minimum wages in the EU 2017, Dublin, 2017.

²³ En el estudio de Guy Van Gyes y Thorsten Schulten se señala lo siguiente: «El primer grupo, con salarios mínimos relativamente altos, incluye siete países de Europa occidental. Encabeza este grupo Luxemburgo, con un salario mínimo de 11,12 euros a la hora, seguido por tres países con salarios mínimos por encima de 9 euros, a saber: Francia (9,61 euros), los Países Bajos (9,21 euros) y Bélgica (9,10 euros), y otros tres países con salarios mínimos entre 8 y 9 euros, que son Irlanda (8,56 euros), Alemania (8,50 euros) y el Reino Unido (8,06 euros). El segundo grupo, con salarios mínimos nacionales entre 3 y 8 euros a la hora, está compuesto de 5 países, principalmente del sur de Europa: Eslovenia (4,57 euros), Malta (4,16 euros), España (3,93 euros), Grecia (donde el salario mínimo se recortó en más de un 20 % en febrero de 2012, bajando hasta 3,35 euros) y, finalmente, Portugal, con un salario mínimo de 3,04 euros. El tercer grupo de países, con salarios mínimos por debajo de 3 euros, engloba diez países -todos de Europa Central y del Este- que van desde Polonia (2,42 euros) a Bulgaria (1,06 euros). VAN GYES, SCHULTEN, *Wage bargaining under the new European Economic Governance*, ETUI, Bruselas, 2017.

²⁴ Dictamen motivado del Parlamento croata sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica 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 (COM(2016)0128 – C8-0114/2016 – 2016/0070(COD)). Las objeciones de Dinamarca no siguen esta línea respecto de los salarios sino, que se fundamentan en la cuestión competencial.

suerte de “competencia normativa”, donde juegan con ventaja aquellos que poseen peores estándares de partida. Como se ha señalado anteriormente, el efecto de esta pugna es una competencia a la baja, en la que cada Estado reduce de manera unilateral sus estándares sociales intentado atraer a empresas de otros Estados.

Desde la perspectiva de este análisis, se han ofrecido una serie de definiciones de más amplio alcance que la aplicada inicialmente al *dumping* social, concediéndole, paulatinamente, mayor gravedad. Algunos autores han definido el concepto por sus posibles consecuencias, considerando que puede entenderse por *dumping* social «el riesgo o la tendencia real a la baja en la protección social de los trabajadores una vez que entra en el juego la competencia entre los territorios, como consecuencia de la globalización económica»²⁵. Otros han definido este tipo de *dumping* como «una competencia a la baja en cuanto a las condiciones de trabajo entre los distintos Estados cuyas economías se integran para mejorar las condiciones de competitividad de sus empresas nacionales»²⁶. En algunas ocasiones se ha abordado el fenómeno incidiendo en el comportamiento empresarial y diferenciando claramente entre el *dumping* social como estrategia empresarial y la actuación de cada uno de los Estados miembros respecto de sus estándares sociales y laborales, actuación que se ha calificado como “competencia normativa”²⁷. Estos autores remarcan que la competencia normativa es una actuación de los Estados, que se produce cuando, en un mercado interior donde existe libertad de circulación de bienes, servicios y capitales, pero no hay unos estándares laborales comunes -o los que hay son únicamente una base de referencia- un Estado rebaja de manera unilateral sus estándares sociales intentado atraer a empresas de otros Estados.

Más allá de las aproximaciones teóricas, la práctica empresarial en la Unión Europea ofrece casos claros de *dumping* social que han sido analizados por el Tribunal de Justicia. Los supuestos paradigmáticos son el asunto *Viking Line*, que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007²⁸ y el asunto *Laval*, resuelto por el Tribunal el 18 de diciembre del mismo año²⁹. En el primero de los casos se plasma un ejemplo de *dumping* social realizado mediante una práctica de movilidad del establecimiento empresarial, que pasa a ubicarse en un Estado donde los estándares laborales son inferiores. En el segundo de los casos se produce el supuesto de un *dumping* social mediante el ejercicio de la libertad para prestar servicios, trasladándose esta prestación, y por tanto los trabajadores, desde un estado con estándares más bajos

²⁵ MOREAU, M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, pp. 64-66.

²⁶ 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*, tomo I-1993, p. 382.

²⁷ HEPPLER, B., «New Approaches to International Labour Regulation», *ILJ*, núm. 26, 1997; p. 353; BARNARD, C., «Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware», *E.L. Rev.*, 2000, 25 (1), p. 57.

²⁸ STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05. Consulte el análisis de este caso realizado por GUAMÁN HERNÁNDEZ A., “La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line”. *Aranzadi Social*, N° 21, 2007.

²⁹ STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C341-05. Consulte el análisis de este caso realizado por GUAMÁN HERNÁNDEZ A., “Los límites de la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores. Comentario a la STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05”, *Aranzadi Social*, N° 22

hacia otro con niveles salariales superiores, buscando mantener los niveles del país de origen.

Como puede observarse en ambos casos, las empresas que desplazan sus operaciones en búsqueda de estándares laborales más bajos, o persiguiendo aprovecharse de la situación de inferioridad de su país de origen, realizan un *dumping* social, entendido o bien como la movilidad empresarial buscando el asentamiento en aquellos Estados con estándares más bajos en cuanto a salarios o condiciones de trabajo que los mantenidos en el país de origen, o bien como la exportación de servicios y/o trabajadores manteniendo los estándares más bajos del país de origen en el país de destino, y aprovechando la reducción de costes sociales para obtener ventajas económicas.

A tenor de los dos ejemplos podemos definir dos tipos de *dumping* social y atender a su objetivo, mecanismo, actores y consecuencias. En primer lugar, el *dumping* ligado a la movilidad de la empresa con el objetivo de buscar costes sociales inferiores, ya sea por trasladarse a un Estado con estándares laborales más reducidos (normalmente salariales), ya sea por la posibilidad de renegociar convenios colectivos en condiciones más ventajosas obteniendo igualmente una reducción de los costes sociales.

Se trata de un *dumping* social que persigue la *elusión normativa*; en otros términos, no es una conducta que implique *per se* la vulneración del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, tal y como lo ratificó el Tribunal de Justicia en el caso *Viking Line*. Sin embargo, estas prácticas, según ha advertido el Parlamento Europeo «pueden conducir a distorsiones importantes del mercado que perjudican a las empresas que operan de buena fe, en particular a las pymes»³⁰.

Además, estas prácticas también repercuten negativamente en los trabajadores del país de origen, que pierden su trabajo al desplazarse las empresas; en los sindicatos del país de origen, que pierden fuerza de negociación, y en el Estado de origen, en un doble sentido, por la pérdida de tejido empresarial y por la presión a la baja que sobre las autoridades públicas pueden ejercer las empresas amenazando con la realización del *dumping*. Los efectos, en el corto plazo, se circunscriben al aumento del desempleo, pero también a la mencionada presión a la baja sobre los salarios y los niveles de condiciones laborales; a largo plazo, esta presión, si no se establecen los límites normativos necesarios, puede conllevar la erosión generalizada de los estándares sociales en los países de origen.

Tomando el otro ejemplo mencionado, el asunto *Laval*, es posible definir el *dumping* social desde la perspectiva de la movilidad de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios. En este caso se persigue obtener un beneficio ofreciendo los servicios a un precio menor, y por lo tanto más competitivo, aprovechando el mantenimiento de los estándares laborales -más bajos- del país de origen, pasando por alto los mínimos del país de recepción. Esta práctica también permite la *elusión normativa*, en este caso de la legislación o de los convenios aplicables en el país de origen, que no estén definidos en las exigencias establecidas en la Directiva 96/71. De nuevo nos encontramos ante una práctica no ilegal pero que genera un impacto

³⁰ European Parliament, *Report on social dumping in the European Union* (2015/2255(INI)), 18.8.2016.

negativo directo sobre los derechos de los trabajadores implicados, el tejido empresarial en su conjunto, y la competencia leal en el ámbito de la UE.

Así, es posible afirmar que estamos ante una práctica de la cual se benefician directamente las empresas prestadoras del servicio, perjudicando al tejido empresarial del país de recepción, a los trabajadores y sindicatos estatales y, evidentemente, a los trabajadores trasladados que mantienen condiciones de trabajo inferiores a las necesarias para vivir en el país de recepción de sus servicios. Esta situación provoca una competencia a la baja entre las empresas nacionales y las que provienen de otro Estado, que pueden esquivar determinados estándares laborales y colocarse, de este modo, en una posición más competitiva.

Los dos tipos de prácticas provocan una situación de discriminación y de trato injusto entre los trabajadores de la UE, según su nacionalidad y los privan del ejercicio efectivo de los derechos sociales y laborales, incluyendo el salario y la protección social. Como resultado, es evidente que estas situaciones tienen una repercusión financiera, derivada del impago de cotizaciones sociales e impuestos. Según el criterio del Parlamento Europeo: “el ejercicio del *dumping* social debilita el apoyo al principio de mercado interior y a la competitividad de las empresas, en particular de las pymes, socava los derechos de los trabajadores europeos y la confianza en la integración europea, y hace indispensable una auténtica convergencia social; los principales sectores afectados son la agricultura, la construcción, la restauración y el sector alimentario, el transporte, la salud y los servicios asistenciales y domésticos”³¹.

Evidentemente, todos los fenómenos anteriores derivan de las diferencias existentes entre los estándares laborales y fiscales en países pertenecientes a un espacio económico integrado, y al juego de la competencia normativa que existe entre dos normas nacionales que conviven en un espacio económicamente integrado donde las libertades de circulación económicas favorecen la movilidad; en este sentido, es posible afirmar que, a falta de estándares laborales comunes, es inevitable que la creación de mercados regionales permita a las empresas elegir su localización entre los países donde se mantengan los costes sociales más bajos.

Como se señaló en la introducción, el fenómeno del *dumping* social puede venir asociado a la comisión de prácticas fraudulentas para conseguir la evasión normativa. Así, la utilización del trabajo no declarado o el denominado falso autoempleo han sido señaladas por el Parlamento Europeo como conductas que pueden conducir a distorsiones de la competencia que resultan en un perjuicio a largo plazo de los sistemas de seguridad social, al aumento de los empleos precarios, y al deterioro de los niveles de protección a los trabajadores y de la calidad del empleo en general y, por tanto, algo contra lo que hay que luchar; al mismo tiempo, la tendencia creciente hacia la externalización y la subcontratación pueden crear posibilidades para los abusos o la elusión de la legislación social y laboral en vigor”³².

Es interesante señalar que pese a que no es posible encontrar en el ámbito del derecho de la Unión una definición de lo que debe entenderse por trabajador asalariado/trabajador autónomo, en los últimos años la preocupación por la lucha

³¹ European Parliament, *Report on social dumping in the European Union* (2015/2255(INI)), 18.8.2016.

³² *Ibidem*.

contra el falso autoempleo ha conllevado la inclusión de algunas líneas útiles para delimitar quién puede ser considerado trabajador autónomo y quién no.

En este sentido, la Directiva 2014/67/UE ha incluido el concepto de subordinación en su texto, a 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. En el caso de que sea así, independientemente del *nomen iuris* que se le aplique, se le podría considerar dentro del supuesto de hecho regulado por la Directiva de 1996. Para realizar esta delimitación, la Directiva de 2014 indica que 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.

Por su parte, el TJUE utilizó el concepto “falso autónomo” en la Sentencia C-413/13 *FNV Kunsten informatie en Media contra Staat der Nederlanden* de 4 de diciembre de 2014. En este caso el Tribunal se enfrentaba a la resolución de una controversia sobre la relación entre los convenios colectivos y el derecho a la competencia. Como es bien sabido, se trata de un tema clásico, que tiene como referente fundamental el Asunto Albany et alt.³³ y que fue en su día solventado por el Tribunal que consideró que resuelto, en ese momento, por el Tribunal de Justicia Europeo, que consideró que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y objeto, en el ámbito actual de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Roma. En esta ocasión, el problema derivaba de que la cláusula controvertida presente en un convenio colectivo establecía honorarios mínimos para trabajadores autónomos, por lo que, en principio, deberían caer bajo el ámbito de aplicación del derecho a la competencia.

A efectos de disposiciones de convenios colectivos como la controvertida en el asunto principal, por haber sido celebrados por organizaciones de trabajadores pero en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de las mismas, no son resultado de una negociación colectiva que tenga lugar entre interlocutores sociales y, en razón de su naturaleza, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1.

Esta afirmación no obsta para que el Tribunal señale que no toda persona denominada “autónomo” debe ser necesariamente considerada como tal, pues no ignora la existencia de “falsos autónomos” es decir “un proveedor que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores”. Se trata, continúa aduciendo el Tribunal a las partes que intervinieron en el caso, de una situación compleja de resolver, pero que ha sido tratada por la jurisprudencia. En este sentido, en la sentencia sobre la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, apartados 43 y 44³⁴, el Tribunal afirmó que un prestador de servicios puede perder su condición de operador

³³ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany, Brentjen's, Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/997; STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98; STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98

³⁴ STCE de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05

económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende por completo de su comitente, debido al hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste, y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo. Además, el Tribunal recuerda que, a efectos del Derecho de la Unión, “el propio concepto de «trabajador» debe definirse conforme a criterios objetivos, que caracterizan la relación laboral con arreglo a los derechos y deberes de las personas afectadas. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que la característica esencial de la relación laboral estriba en que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales cobra una retribución”³⁵. En esta línea, debe entenderse que, como también ha reiterado la jurisprudencia aplicable, la calificación de «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión, si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que, a todos los efectos, es una relación laboral³⁶. Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que “el estatuto de ‘trabajador’, a efectos del Derecho de la Unión, no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo”³⁷.

De esta manera, a efectos de determinar si nos encontramos ante una elusión normativa, derivada de una práctica de *dumping* social amparada en las libertades de circulación, o ante una evasión normativa, derivada de la consideración de un trabajador asalariado como un autónomo para evitar la aplicación de la normativa laboral, debe recurrirse a los criterios marcados por la jurisprudencia del TJUE. En concreto a la subordinación o dependencia.

Otra de las prácticas que deben incluirse en la categoría de fraude de ley, es decir, de evasión normativa, es la utilización de las llamadas sociedades fantasmas. Una sociedad fantasma es una empresa que tiene muy poca -o ninguna- actividad en el lugar donde se ha registrado y que se crea con la intención de eludir las obligaciones convencionales y legales³⁸; por supuesto, las principales reglas, en general, que una sociedad fantasma trata de eludir son las relativas a los salarios, las condiciones laborales, las aportaciones a la seguridad social, los impuestos de sociedades y, por último, pero no menos importante, la presencia de los sindicatos en las empresas y en el país. Sin embargo, en este informe únicamente vamos a analizar los temas relacionados con la legislación laboral y las leyes sindicales, dejando a un lado las

³⁵ SSTJUE de 21 de febrero de 2013, *L.N. contra Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*, C- 46/12, apartado 40 y jurisprudencia citada, y de 10 de septiembre de 2014, *Haralambidis*, C- 270/13, apartado 28.

³⁶ STJCE de 13 de enero de 2004, *Allonby*, C-256/01.

³⁷ STUE de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten informatie en Media vs Staat der Nederlanden*, C-413/13.

³⁸ ETUC, “A hunters game. How policy can change to spot and sink letterbox-type practices”, 2016, p. 10.

prácticas de elusión fiscal, incluso si estas constituyen una razón muy importante para establecer una sociedad fantasma³⁹.

Las consecuencias de la presencia de las sociedades fantasmas en el mercado son múltiples, pero se pueden resumir con facilidad en una tendencia que sirve de precedente a todo el sector y, en algún momento, como una competencia a la baja de las condiciones laborales; una competencia entre los Estados Miembros que Alain Supiot definió acertadamente como «darwinismo normativo»⁴⁰. Esta definición indica el esfuerzo que se exige a los legisladores de todos los países para competir unos con otros en el fortalecimiento del potencial de las empresas que residen en su propio territorio y en atraer a otras nuevas. En esta especie de carrera reservada a los legisladores, hay instituciones que publican clasificaciones (como la del Banco Mundial *Doing Business Annual Report*, que califica el desempeño de los distintos países en cuestión de derechos laborales, basándose en las normas más o menos liberales que contienen), que deberían asumir el papel de regular los mercados mundiales asignando los primeros puestos a los países que realizan la reducción de los derechos de los trabajadores de manera más radical, como si fueran la única ruta viable para las naciones que desean asegurarse el éxito en las actividades de emprendimiento iniciadas dentro de su propio territorio.

Un claro ejemplo de esta tendencia se expone en una reciente investigación italiana⁴¹, que muestra que 17.000 empresas en el sector del transporte por carretera, especialmente empresas individuales, han cerrado en los últimos seis años en Italia, al tiempo que una gran cuota de mercado se ha desplazado hacia el este, donde las ventas de camiones han aumentando en los últimos años.

Según los datos de esta investigación, un contrato italiano cuesta ocho veces más que uno búlgaro, que también es mucho menor en costes de gestión; es más, algunos sindicatos informaron que estos conductores reciben incentivos a partir de cierto número de kilómetros, incumpliendo las disposiciones del Art. 10 del Reglamento nº 561/2006 sobre los tiempos de conducción y descanso⁴². De hecho, los conductores que provienen de las sociedades fantasmas pueden obtener un salario mínimo de 300 euros o incluso menos (como en Bulgaria), más las dietas para costes relacionados con el trabajo, que no forman parte del salario real. Como consecuencia, los conductores reciben únicamente el salario base si están enfermos y, lo que es todavía peor, sus pensiones se calculan solo sobre la (pequeña) parte que forma el salario real.

Resumiendo, la brecha principal afecta a los costes relacionados con el trabajo, incluyendo las aportaciones a la seguridad social. La respuesta de muchas empresas ha sido la reubicación, con el lanzamiento de nuevas empresas en el extranjero, adquisiciones de empresas locales o transformaciones en intermediarias, en asociación con vectores externos locales, a veces a merced de su legalidad.

En este escenario, de acuerdo con los datos de Eurostat, las toneladas/km que transportaron las empresas búlgaras crecieron un 164 % entre 2006 y 2014, un 54 % en

³⁹ Tal y como muestra ETUC en “A hunters game. How policy can change to spot and sink letterbox-type practices”, 2016, p. 87.

⁴⁰ SUPIOT A., “Per una critica del darwinismo normativo”, en *Riv. Pol. Soc.*, 2006, p. 183.

⁴¹ APPOLLONI D., *Un ritratto in cifre: 100 numeri per capire l'autotrasporto*, Uomini e trasporti, 2017.

⁴² ETUC, “A hunters game. How policy can change to spot and sink letterbox-type practices”, 2016, p. 33.

Hungría y Eslovaquia, y un 45 % en Eslovenia. En Italia, sin embargo, el declive fue de un 51 %, igual que en Francia, y un poco más que en Alemania y Bélgica.

Las principales normas en el campo de la reglamentación del transporte por carretera, relacionadas con el fenómeno de las sociedades fantasmas son: La libertad de movimiento de trabajadores (Artículo 45 del TFUE), la libertad de establecimiento (Artículo 49 TFUE), la libertad de proveer servicios (Artículo 56 del TFUE), el Reglamento del Transporte por Carretera (1071/2009, 1072/2009 y 1073/2009) el Reglamento Básico de la Seguridad Social:883/2004 y su Reglamento de Implementación 987/2009, el Reglamento Roma I 593/2008, la Directiva de Desplazamiento de Trabajadores (Directiva 96/71) y la Directiva de Aplicación (Directiva 2014/67).

Todas esas normas se concibieron originalmente como manera de fortalecer la libertad de movimiento de los ciudadanos a la búsqueda de empleo (Art. 45 del TFUE); sin embargo, coinciden cada vez más con un modelo que se basa en la libertad de establecimiento (Art. 45 del TFUE) y que ocasiona un movimiento 'coercitivo' de trabajadores desde las propias empresas a otros países de la UE (Art. 55 del TFUE), buscando mejorar los márgenes de beneficios a través de la reducción de los derechos sociales.

La relación entre los derechos sociales y la libertad de establecimiento de las empresas encuentra un claro ejemplo en el tema de las sociedades fantasmas en el sector del transporte. Hace ya mucho tiempo que el TJUE reforzó la posición de la libertad de establecimiento en sus sentencias. En el conocido caso *Viking Line*⁴³, no casualmente en el sector transporte, el TJUE ha tenido la oportunidad de examinar las relaciones entre la libertad de establecimiento y las acciones sindicales, en concreto las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los sindicatos, que restringían, de alguna manera, el ejercicio de esta libertad empresarial. En aplicación del Art. 49 TFUE, el Tribunal consideró que estas restricciones provocadas por los sindicatos sólo se deben entender justificadas en el caso de superar el triple test de proporcionalidad empleado habitualmente por el TJUE para solucionar los conflictos entre las normas laborales estatales y las libertades de circulación comunitarias⁴⁴. La repercusión de este asunto y su influencia posterior en la formación de la jurisprudencia comunitaria ha sido sin duda sorprendente.

Debe recordarse que *Viking Line* fue, en efecto, un punto de inflexión fundamental, no sólo por la ampliación indirecta del ámbito subjetivo de las libertades económicas, sino porque, en ella, el TJUE reconocía, por primera vez, que el derecho de huelga es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Pero este reconocimiento, sin embargo, tenía truco. De hecho, conjugando las sentencias *Schmidberger*⁴⁵ y *Omega*⁴⁶, y aplicando la doctrina de la proporcionalidad al derecho de

⁴³ STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05.

⁴⁴ Entre otras muchas SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98; STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98. STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03. STJCE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania*, C-341/02.

⁴⁵ STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00.

⁴⁶ STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02.

huelga, el valor del reconocimiento del mismo realizado en la sentencia *Viking Line* conlleva un sentido contrario al esperado. En efecto, en este asunto, el TJUE reconoce el derecho de huelga como fundamental en el ordenamiento de la Unión, pero recuerda que de este reconocimiento no puede derivarse ni una nueva competencia comunitaria ni una protección adicional a la existente en los ordenamientos nacionales, dados los límites normativos existentes tanto en el TFUE como en la propia Carta de Niza. A pesar del reconocimiento del TJUE, el derecho fundamental a la acción colectiva existe si el mismo está reconocido en la jurisprudencia nacional; en cambio, de no existir esta o no haber recibido este derecho una tutela específica, las reglas comunitarias de tutela de las libertades económicas no requerirían ninguna consideración del derecho de acción colectiva que, no existiendo para el Estado interesado, tampoco existe para la UE.

Así, el derecho de huelga debe respetar no sólo las fronteras que a su ejercicio imponen ya los sistemas normativos estatales, sino los límites que se derivan del Derecho europeo⁴⁷; entre ellos, según el TJUE, las fronteras de las libertades de circulación y, en especial, la de establecimiento.

Si la “doctrina Viking” ha marcado un antes y un después en el papel del TJUE en la promoción de las reglas del mercado, la reciente sentencia *Aget Iraklis*⁴⁸ puede dar incluso una ulterior vuelta de tuerca a la tutela de la libertad de establecimiento. Hasta este fallo, el TJUE se había “limitado” a considerar obstáculos a las reglas que imponían cargas mayores, y por tanto discriminatorias, a las empresas de otros Estados Miembros frente a las nacionales. La diferencia que resulta básica en la sentencia *Iraklis* es que la ley griega sobre despidos colectivos, que el Tribunal considera no conforme con el derecho europeo, se aplicaba de la misma manera a las empresas griegas como a las extranjeras.

A pesar de ello, el TJUE considera la ley como un obstáculo a la decisión de la empresa de establecerse en otro Estado Miembro (Grecia en este caso), porque se trata de una ley que reduce el poder del empresario para reducir su plantilla.

Nuevamente, dice el TJUE, la aplicación del test de proporcionalidad será el que nos puede dar la respuesta sobre la legitimidad de la medida nacional; en este caso, la atribución a una autoridad administrativa del poder de limitar la decisión empresarial de efectuar un despido colectivo, sin explicar muy claramente en base a qué criterios, constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento de las empresas, que hace que el mercado griego sea “menos atractivo” por ese motivo⁴⁹.

Sentencias como esta, evidentemente, no hacen más que promover un fenómeno ya muy desarrollado en las relaciones contractuales entre empresas: el trabajo transfronterizo y los contratos de tipo mercantil entre empresas resultan a menudo caracterizados por un uso fraudulento de reglas, como las relativas al desplazamiento de los trabajadores, que pueden llevar a peores salarios y, más en general, al empeoramiento de las condiciones laborales, incluyendo las que estaban amparadas por los convenios colectivos.

⁴⁷ En este sentido interpreta el TJCE el art. 28 de la CDFUE en su sentencia 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 91.

⁴⁸ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Aget Iraklis*, C-201/15.

⁴⁹ ORLANDINI G., “Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento sbilanciato tra libertà economiche e diritti dei lavoratori, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 1, 2017.

Como veremos (*infra*) en la parte cuarta del informe, estas reglas, cuando están en conexión con el fenómeno del *dumping* social, se pueden dividir, al menos, en dos tipos diferentes: de un lado, las reglas que tienen, de alguna forma, el objetivo de promover el *dumping* social a través de la consolidación de las libertades económicas y, por otro lado, las que deberían tener la finalidad de luchar contra el *dumping* social y que tienen escasa -o ninguna- aplicación concreta.

En el asunto de las sociedades fantasmas, es claramente posible enfrentarse a los dos tipos de normas: las que apoyan el *dumping* social y las que, incluso teniendo la función de luchar contra el *dumping* social, no se aplican.

La existencia en el mismo ordenamiento jurídico, el ordenamiento europeo, de reglas que van en uno y otro sentido no puede ser motivo de sorpresa, puesto que la Unión Europea ha demostrado ya, en varias ocasiones, tener unos objetivos económicos muy claros, sobre los que no se admite discusión ni limitación alguna; posteriormente, se esfuerza por establecer unos supuestos límites a aquellos, pero que, casi siempre, tienen escasa eficacia o ninguna aplicación concreta. Esta aparente contradicción se produce constantemente en la relación entre las libertades económicas y los derechos sociales en la Unión Europea.

3. La elusión normativa en los casos de contratos de trabajo con elementos transnacionales: límites y vías de escape

Una de las vías que permiten la proliferación de las situaciones de elusión de la normativa laboral estatal es la capacidad de las partes para elegir la norma aplicable a los contratos de trabajo cuando los mismos presentan contratos con más de una competencia jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia nos muestra una serie de casos en los que las partes de la relación laboral han elegido (podríamos asumir que la elección deriva de una decisión unilateral de la empresa), como ley aplicable al contrato de trabajo, la legislación menos tuitiva de las condiciones laborales. En estas situaciones, la aplicación del art. 8 del Reglamento Roma I (antiguo artículo 6 del Convenio de Roma) aporta situaciones interesantes⁵⁰ aunque, como veremos, no siempre suficientes⁵¹.

Mayor complejidad revisten, a efectos de asegurar la igualdad de trato entre trabajadores y el principio “igual salario por trabajo de igual valor”, las situaciones en las que la técnica utilizada es la creación de filiales en Estados con normas laborales poco protectoras o con salarios por debajo de la media europea. A efectos de estudiar estos casos podemos hacer una división, utilizando de nuevo el paradigma de elusión/evasión normativa.

En aquellos casos en los que realmente existe una estructura empresarial a partir de la cual la entidad económica presta sus servicios hacia otros países, enviando para ello, por ejemplo, su flota de camiones con sus conductores podríamos encontrarnos ante dos situaciones. Si el desplazamiento se produce de manera temporal, cumpliendo con los requisitos establecidos en las Directivas 96/71 y 2014/67, o en los supuestos de cabotaje, nos encontraríamos en un caso de desplazamiento de trabajadores, debiendo aplicarse la Directiva 96/71 que al menos asegura, como veremos en el apartado 4, el respeto de unos mínimos laborales. Si el desplazamiento es permanente o si no existe una verdadera situación de desplazamiento y surge un conflicto de ley, deben tenerse en cuenta las disposiciones del Reglamento Roma I. La propia Directiva 2014/67 (considerando 11) se pronuncia en este sentido, al señalar que las previsiones del Reglamento Roma I tienen como objetivo asegurar que no se prive a los empleados de la protección que les conceden las disposiciones que no se pueden derogar por un acuerdo o que solo pueden derogarse en su beneficio. Los Estados Miembros deberían asegurarse de que existen disposiciones para proteger adecuadamente a los trabajadores que no se encuentran verdaderamente desplazados.

En este sentido, cuando, como analizamos en el apartado 5, los hechos demuestran que la filial constituida en otro Estado es, en realidad, una sociedad fantasma, sin estructura real, creada únicamente a efectos de evadir la aplicación de la normativa del lugar donde realmente se presta de manera permanente el servicio, se impone la aplicación del art. 8.4 del Reglamento Roma I para evitar la evasión normativa.

⁵⁰ STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto *Koelzsch*, C-29/10. Para un análisis de las cuestiones sobre ley aplicable, previo a la jurisprudencia que va a señalarse, vid. FOTINOPOULOS, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

⁵¹ STJUE de 12-9-2013, en el asunto C-64/12, *Schlecker*

En los siguientes apartados va a analizarse el mencionado Reglamento Roma I, así como la principal jurisprudencia que lo desarrolla, y las líneas de escape que se demuestran al atender a la aplicación de esta jurisprudencia por los tribunales estatales.

3.1. Elección de legislación y normas especiales para los contratos de empleo en el Reglamento Roma I: ¿problema o solución?

La determinación de la norma aplicable al contrato de trabajo en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes se regulaba en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1989 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que fue sustituido por el Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁵², aplicable desde el 17 de diciembre de 2009.

La norma general relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos entre entidades privadas la establece el art. 3 del Reglamento de 2009, donde se establece que “el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad -o solamente a una parte- del contrato”. Se trata, como es evidente, de una “norma de conflicto”, un instrumento diseñado específicamente para concretar la ley aplicable a una situación jurídica privada internacional, que nos permite localizar una determinada relación jurídica en un ordenamiento jurídico nacional concreto. Esta norma de conflicto general se matiza en los artículos siguientes, donde se establecen particularidades para contratos específicos, como el contrato de trabajo.

El art. 8 del Reglamento Roma I, que mantiene el contenido del antiguo art. 6 del Convenio, salvo por el cambio de la expresión “disposiciones imperativas” por “disposiciones que no pueden excluirse en virtud de la ley aplicable”, se dedica al contrato de trabajo. Este artículo puede ser calificado como una norma de conflicto “materialmente ordenada”, dado que además de determinar el ordenamiento al cual se vincula el contrato, establece una serie de límites a la voluntad de las partes. El objetivo es claro e indiscutible: el artículo 8, combinado con distintos “considerandos” del Reglamento Roma I, tiene como finalidad la protección de los derechos de la parte más débil de la relación contractual, reconociendo así la especificidad intrínseca de los contratos de trabajo, cuya característica principal es regular una relación entre partes que se colocan en una posición de poder material desigual. Así, este artículo establece las reglas para determinar la ley aplicable, pero limita la libertad total de las partes para evitar que, por medio de la elección de la norma aplicable, se prive al trabajador de la protección mínima del ordenamiento que debería regir objetivamente el contrato.

Para ello el texto señala que cuando existan elementos internacionales, el contrato de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes, pero que dicha elección no

⁵² Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Ley aplicable a los contratos internacionales en la propuesta de Reglamento Roma I, de 15.12.2005», Indret 3/2006, www.indret.com. PALAO MORENO, G., «Las normas de Derecho Internacional Privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización», AEDIPr., t., V, 2005, págs. 317-325.

podrá tener como resultado que se prive al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo, en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable, según las normas que se detallan en los siguientes apartados del mismo artículo. En estos apartados se delimita cuál debe ser la ley aplicable en defecto de pacto entre las partes, estableciendo las reglas siguientes:

En primer lugar, en el caso de que no exista acuerdo entre las partes, la ley reguladora del contrato laboral será la del país en el cual -o, en su defecto, a partir del cual- realice el trabajador su trabajo habitualmente en ejecución del contrato (art. 8.2). Aparece así el concepto de habitualidad, es decir, la llamada “lex loci laboris”, que conecta la ley aplicable al contrato, con el lugar donde el mismo se ejecuta de manera habitual. Esta solución abre, evidentemente, un amplio número de cuestiones, en particular cuando la prestación del trabajo se realiza de manera itinerante, o cuando, para desempeñar su trabajo, el trabajador se desplaza temporalmente a distintos Estados.

Para abarcar estas situaciones, que han proliferado en la UE como consecuencia de la creciente circulación de servicios derivada de la integración económica, el artículo 8.2 indica, específicamente, que no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. Se establece así el tan criticado principio básico de la aplicación de la ley del país de origen, matizada por la directa mención de la Directiva 96/71, que analizaremos en los próximos apartados.

A efectos de entender este juego entre habitualidad y temporalidad, es necesario atender tanto a las indicaciones presentes en los “Considerandos” del Reglamento como a la jurisprudencia sobre el contenido de este artículo.

En el considerando 34⁵³ del Reglamento, se afirma que las disposiciones sobre el contrato individual de trabajo no deben ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la mencionada Directiva 96/71. Evidentemente, el objetivo de esta puntualización es afirmar que la designación de las normas imperativas laborales que cada Estado entiende aplicables a la totalidad de las relaciones laborales desarrolladas en su territorio debe implementarse siguiendo las directrices de las normas legales promulgadas en 1996, tal y como han venido siendo interpretadas por el TJUE.

Partiendo de esta base, los considerandos 35 a 37 continúan perfilando las normas aplicables, con una narrativa ciertamente poco clara. En el primero de ellos⁵⁴, se afirma la obligación de respetar las disposiciones imperativas destinadas a proteger a los trabajadores, que denomina “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” y las normas mínimas de derecho necesarias con idéntico objetivo, a las que se refiere como “disposiciones que solo pueden excluirse en su beneficio” (se entiende

⁵³ (34) La norma sobre los contratos de empleo individuales no debería menoscabar la aplicación de las disposiciones obligatorias de rango superior del país al que se desplaza al trabajador, de acuerdo con la Directiva 96/71/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de diciembre de 1996 relativas al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios.

⁵⁴ Considerando 35. Los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio. (35) Los empleados no deberían verse privados de la protección que se les otorga mediante las disposiciones que no pueden derogarse por acuerdo o que solo se pueden derogar en beneficio de aquellos.

que, por lo anticipado en el considerando anterior, el texto se refiere las normas del país de acogida). Este párrafo debe ligarse con el número 37, que viene a recordar la distinción entre leyes de policía y normas de derecho necesario, afirmando que únicamente las primeras pueden ser utilizadas como justificativas de excepciones a la regla general determinada en el Reglamento⁵⁵. Por último, el considerando 36 recoge, por primera vez, la tan esperada definición de temporalidad, señalando que la realización del trabajo en otro país se considera temporal

“cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original, o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador original, no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”⁵⁶.

Se pone así el acento en la no inclusión del trabajador en el mercado de trabajo del país de acogida por la necesaria reanudación del mismo en el país de origen.

A continuación de esta regla, el art. 8.3 del Reglamento Roma I indica que, cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Y, por último, el art. 8.4 incluye una “cláusula de escape” indicando que, estas dos últimas soluciones, sin embargo, pueden estar sujetas a excepciones cuando, “*del conjunto de circunstancias*” que rodean al contrato de trabajo, se desprenda la “*existencia de vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3 del Reglamento Roma I*”. En tales supuestos -añade el art. 8.4- se aplicará la ley de ese otro país.

Debe tener en cuenta, como colofón de todo lo anterior, que el vigésimo tercer considerando de dicho Reglamento impone que la interpretación del art. 8 debe inspirarse en los principios del *favor laboratoris*, ya que debe protegerse a las partes más débiles del contrato «por medio de normas de conflicto de leyes más favorables»⁵⁷.

3.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre la elección de la

⁵⁵ Considerando 37. Las consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso, por parte de los tribunales de los Estados miembros, a excepciones basadas en el orden público y en las leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva.

⁵⁶ (36) En lo que se refiere a los contratos de trabajo individuales, el trabajo llevado a cabo en otro país debería considerarse temporal si se espera que el empleado vuelva a trabajar en el país de origen después de cumplir con sus tareas en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original, o con un empleador perteneciente al mismo grupo de empresas que el empleador original, no debería impedir la consideración de que el empleado se encuentra llevando a cabo su trabajo en otro país temporalmente.

⁵⁷ (23) En lo que se refiere a los contratos celebrados con partes que se consideren más débiles, dichas partes deberían quedar protegidas por normas de conflicto de leyes que sean más favorables a sus intereses que las normas generales.

ley aplicable y sus límites

El Tribunal de Justicia ha incidido en la interpretación de estas reglas en diversas sentencias, entre las que vamos a destacar tres: el asunto *Koelzsch*⁵⁸, el asunto *Voogsgeerd*⁵⁹ y el asunto *Schlecker*⁶⁰. En todos los casos se evidencia cómo la empresa utiliza la libertad que le ofrece el Reglamento Roma I para la elección de la ley aplicable a efectos de seleccionar la legislación menos protectora y por tanto más favorable para sus intereses, frente a los derechos del trabajador implicado en el contrato. En la resolución de los primeros dos asuntos el Tribunal ha seguido, aun antes de su aplicabilidad *ratione tempore*, el criterio del Considerando 23, interpretando la norma (el art. 6 del Convenio de Roma) en un sentido favorable a la parte más débil del contrato. Una interpretación que, dada la práctica identidad entre la redacción del art. 6 anterior y del actual art. 8 del Reglamento Roma I, puede entenderse aplicable al texto vigente. Sin embargo, el último asunto ofrece una perspectiva distinta y ciertamente menos orientada a la protección y tutela de los derechos de la parte débil del contrato.

El supuesto de hecho del asunto *Koelzsch* es particularmente interesante, dado que se trata de un conductor de camión con un contrato que presenta elementos internacionales. En concreto, el contrato de trabajo fue suscrito en Luxemburgo, pese a que el trabajador residía en Alemania, y pese a que la prestación de servicios se realizaba fundamentalmente entre Dinamarca y este país, mediante camiones estacionados en Alemania, el contrato remitía a la ley luxemburguesa y a los órganos jurisdiccionales de este país. La empresa que contrató al trabajador era una filial de una sociedad danesa, con domicilio en Luxemburgo, donde se encontraban matriculados los camiones.

Al ser despedido, el trabajador impugnó esta decisión en Alemania, donde no obtuvo solución, pues el tribunal de primera instancia se declaró incompetente *ratione loci*. A continuación, el Sr. Koelzsch demandó a la empresa ante el tribunal de trabajo de Luxemburgo, alegando su condición de representante de los trabajadores y la protección específica que la ley alemana, que entendía aplicable por el lugar donde había prestado sus servicios, le dispensaba. El tribunal de Luxemburgo resolvió el caso aplicando la ley luxemburguesa, tras un largo proceso iniciado por otra demanda del trabajador, y en esta ocasión dirigida contra el Ducado de Luxemburgo, y el tribunal de apelación de Luxemburgo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

«¿La norma de conflicto definida en el [Convenio de Roma], es decir, el artículo 6, apartado 2, letra a), que establece que el contrato de trabajo se rige por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador lleve a cabo su prestación laboral en varios países, pero regrese sistemáticamente a uno de ellos, ha de considerarse que es en este último país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo?»

Para resolver la cuestión el Tribunal indaga en primer lugar acerca del objetivo del artículo 6 del Convenio de Roma (actual art. 8 del Reglamento Roma I) y concluye que su finalidad es garantizar una protección adecuada del trabajador. Por este motivo,

⁵⁸ STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto *Koelzsch*, C-29/10.

⁵⁹ STJUE de 15 de diciembre de 2011, en el asunto *Voogsgeerd*, C-384/10.

⁶⁰ STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto *Schlecker*, C-64/12

considera que “dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que garantiza la aplicabilidad de la ley del Estado en el que este ejerce su actividad profesional en vez de la del Estado en que está establecido el empresario”. En este sentido, continua el Tribunal, “procede señalar que el criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo», contenido en el apartado 2, letra a), de este, debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador», previsto en el apartado 2, letra b), del mismo artículo, debería aplicarse cuando el juez que conoce del asunto no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo”. Además, este criterio, a juicio del TJUE, ha de aplicarse asimismo en un caso en el que el trabajador ejerza su actividad en más de un Estado contratante, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo.

Por todo lo anterior, el Tribunal afirma que “cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en que se realice habitualmente el trabajo debe interpretarse de modo amplio y entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo”.

Por último, y de particular importancia por el tema que nos ocupa, el Tribunal señala que el órgano jurisdiccional que resuelva una cuestión como la que se plantea debe atender a la naturaleza del trabajo en el sector del transporte internacional y, por ello, tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador. En este sentido, el Tribunal detalla que “dicho órgano debe determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizados sus encargos”.

Aplicando estos criterios al transporte por carretera, la jurisprudencia estatal ha señalado que la determinación de la norma aplicable implica atender al país desde donde el trabajador realiza sus misiones de transporte, donde el trabajador recibe sus instrucciones para sus misiones y organiza su trabajo, y al país donde están ubicados los camiones. Entonces, si el país desde donde el trabajador realiza sus misiones de transporte y donde recibe las instrucciones para sus misiones es el mismo, ese es el país donde el trabajador «trabaja habitualmente».

Como ha resumido FOTINOPOULO, en este caso, el Tribunal dota de contenido a la *lex loci laboris* atendiendo a los “criterios sustanciales” que evidencian la vinculación del contrato del trabajador con el ordenamiento jurídico de un país u otro, y señala que debe atenderse al tipo de trabajo en cada caso⁶¹. Ciertamente, como ha señalado la misma autora, esta interpretación dio un valor preponderante al primer criterio, lo que tiene sentido no sólo desde el punto de vista tuitivo sino también sistemático, frente al

⁶¹ FOTINOPOULO, O., “Cerrando el círculo: El caso Schleckler y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 123

resto. No obstante, quedaba abierta la duda de cuál podría ser el juego de la cláusula de escape prevista en el art. 8.4 del Reglamento

La siguiente sentencia de particular interés es muy cercana en el tiempo a la anterior y trata, de nuevo, sobre un asunto relativo al transporte, en este caso marítimo, y a un contrato de trabajo vinculado formalmente al ordenamiento jurídico de Luxemburgo. Se trata del caso *Voogsgeerd*⁶², de nuevo relativo al art. 6.2 del Convenio de Roma de 1980 (mutatis mutandis al art. 8 del Reglamento Roma I) pero orientado a la interpretación del significado que debe atribuirse a la expresión “establecimiento que haya contratado al trabajador” y a la expresión “vínculos más estrechos”.

El supuesto de hecho es el siguiente: el Sr. Voogsgeerd firmó un contrato de trabajo, para desarrollar la actividad de mecánico naval, con una empresa luxemburguesa (Navimer) en la sede de otra empresa (Naviglobe) establecida en Amberes (Bélgica). Las partes acordaron que la ley aplicable a dicho contrato sería el Derecho luxemburgués; la zona de navegación era el Mar del Norte. El trabajador realizó su trabajo principalmente en Bélgica, donde recibía las instrucciones a través de Naviglobe, y a donde regresaba tras finalizar cada viaje.

Tras ser despedido, el trabajador demandó a ambas empresas ante el Tribunal de Asuntos Laborales de Amberes, con arreglo a la Ley belga y basándose en el artículo 6, apartado 1, del Convenio de Roma, solicitando que se le aplicaran las normas imperativas del ordenamiento laboral de Bélgica. El tribunal belga se declaró territorialmente incompetente para pronunciarse sobre la acción contra Navimer, y declaró carente de fundamento la acción contra la empresa belga.

Tras un largo proceso, el tribunal de casación elevó una serie de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, interrogándole acerca de la forma en que debe determinarse cuál es establecimiento al que se vincula el trabajador y qué características debe tener, así como los efectos que el hecho de no realizar habitualmente el trabajo en un mismo país tienen para la determinación del lugar efectivo de la actividad laboral⁶³.

Retomando lo establecido en el caso anterior, el Tribunal advierte que para la resolución del caso debe atenderse a la naturaleza del trabajo en el sector marítimo, y

⁶² STJUE de 15 de diciembre de 2011, en el asunto *Voogsgeerd*, C-384/10.

⁶³ «1) ¿Debe considerarse que el país en el que se encuentra el establecimiento que haya contratado al trabajador en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del [Convenio de Roma] es el país en el que se encuentra el establecimiento del empresario que contrató al trabajador en virtud del contrato de trabajo, o bien el país en el que se encuentra el establecimiento del empresario al que el trabajador está vinculado para el desempeño efectivo de su actividad laboral, aunque no realice habitualmente su trabajo en un mismo país?

2) ¿Debe considerarse que el lugar en el que el trabajador que no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país debe presentarse y en el que recibe las órdenes e instrucciones administrativas para el desarrollo de sus actividades, es el lugar de desempeño efectivo de la actividad laboral en el sentido de la primera cuestión?

3) ¿Debe el establecimiento del empresario al que el trabajador está vinculado para el desempeño efectivo de su actividad laboral, en el sentido de la primera cuestión, ajustarse a determinadas exigencias formales, tales como, entre otras, poseer personalidad jurídica, o bien basta con que exista un establecimiento efectivo?

4) ¿Puede valer como establecimiento, en el sentido de la tercera pregunta, el establecimiento de otra sociedad a la que está vinculada la primera sociedad, aun cuando no se haya transmitido formalmente la facultad de dirección de la empresa a esa otra sociedad?»

que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador y, en particular, determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. Si con estos criterios se desprende que el lugar a partir del cual el trabajador efectúa sus misiones de transporte y recibe también las instrucciones sobre sus misiones es siempre el mismo, debe considerarse que es en dicho lugar donde realiza *habitualmente* su trabajo y este sería el criterio preferente para determinar cuales son las normas que deben entenderse aplicables aun cuando las partes hayan determinado otra legislación.

Si no pudiera determinarse la existencia de un lugar de trabajo *habitual* el juez que conoce del caso debe utilizar los otros criterios de determinación, que remiten en primer lugar al establecimiento. Respecto de este criterio, recogido en la letra b) de dicho precepto, el Tribunal señala que debe entenderse que el artículo “*se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva*”. Además, dentro del concepto “establecimiento” cabe entender todas las estructuras estables de una empresa. “En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), del Convenio de Roma, incluso aunque carezcan de personalidad jurídica”, siempre que cumplan con el requisito de “estabilidad”.

Además, y de especial interés por lo común que resulta el que haya varias empresas implicadas en la relación laboral, el Tribunal afirmó que «el establecimiento de una empresa distinta de la que figura formalmente como empleador, con la que ésta mantiene vínculos, puede calificarse de ‘establecimiento’ si concurren elementos objetivos que permiten establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, y ello aun cuando no se haya transferido a esa otra empresa la facultad de dirección”.

Por último, el Tribunal también enfatizó que el órgano jurisdiccional remitente puede tomar en consideración otros elementos de la relación laboral, cuando los relativos a uno u otro de los dos criterios de vinculación enumerados en el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma, lleven a considerar que el contrato presenta vínculos más estrechos con un Estado distinto del que indican los criterios que figuran en el artículo 6, apartado 2, letras a) o b), de dicho Convenio.

Conjugando la jurisprudencia de ambos casos es posible afirmar que el criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo», debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador» debe aplicarse únicamente cuando el juez que conoce del asunto no puede determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo⁶⁴.

Debe reseñarse por último el asunto *Schlecker*⁶⁵ en el que, como hemos señalado, se advierte un giro en la jurisprudencia del Tribunal al integrar la utilización de la cláusula de escape del art. 8.4 del Reglamento Roma I, es decir, al abrir la puerta a

⁶⁴ Así resume su jurisprudencia el Tribunal en la STJUE de 12-9-2013, en el asunto C-64/12, *Schlecker*.

⁶⁵ STJUE de 12-9-2013, en el asunto C-64/12, *Schlecker*

la posibilidad de que el juez descarte la aplicación de la ley del lugar donde habitualmente se ejecuta el contrato para determinar que el mismo presenta “vínculos más estrechos con otro país”.

Al analizar este caso es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que el asunto no se refiere, como en los casos anteriores, a un trabajador del transporte sino a una trabajadora de una multinacional que es trasladada en diversas ocasiones, y a lo largo de una dilatada carrera profesional, entre las sucursales de la empresa, específicamente entre las de Holanda y las de Alemania. Tras el último traslado, a territorio alemán, la trabajadora demandó a la empresa para que la readmitiera en la sucursal situada en los Países Bajos y se le aplicara el derecho holandés, dado que en su opinión y después de 12 años en este país, su contrato tenía una mayor vinculación con este ordenamiento. Es importante tener en cuenta, además, que en este caso no se realizó una elección expresa de la norma aplicable por las partes, lo que diferencia claramente el supuesto del caso *Schlecker* con los casos de elusión normativa que estamos analizando.

En este caso el Tribunal volvió a remarcar que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador. Por este motivo, según la opinión del Tribunal el artículo garantiza que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos, lo cual no implica que deba aplicarse, en todos los casos, *la ley más favorable para el trabajador*.

De esta manera, el TJUE señala que el art. 6 mencionado responde y obedece a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales y deja en segundo plano la protección de la parte más débil que en su jurisprudencia anterior había señalado como uno de los objetivos claros del artículo.

Por añadidura, y añadiendo dificultad a la cuestión, el Tribunal determinó en este caso que “el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo en ejecución del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en virtud de la última frase de dicha disposición, la ley del país en que se realiza habitualmente el trabajo cuando del conjunto de las circunstancias resulte que dicho contrato presenta un vínculo más estrecho con otro país”.

El interrogante que se plantea, como ha remarcado FOTINOPOULOS es la diferencia entre los criterios sustanciales mediante los que el Tribunal dota de contenido a la *lex loci laboris* en la sentencia *Koelzsch* y las circunstancias que pueden acabar convenciendo al juez de que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. Este juego complejo entre el primer criterio y la cláusula de escape se ha reflejado con claridad en la jurisprudencia nacional que analizamos a continuación.

3.3. Jurisprudencia nacional sobre la elección de la ley aplicable y los contratos de trabajo: un ejemplo desde los Países Bajos

Uno de los ejemplos más recientes de la aplicación de la jurisprudencia detallada en los apartados anteriores lo encontramos en el asunto “Silo Tank”, sobre el que han

recaído hasta la fecha de redacción de este informe dos sentencias, la de 8 de enero de 2015 de un Tribunal de Distrito (Court of Oost-Brabant) y la de dos de mayo de 2017 del Tribunal de Apelación (Court of appeal 's-Hertogenbosch). Debe precisarse que se trata de un caso claro de estrategia empresarial orientada a eludir la aplicación un determinado ordenamiento laboral para beneficiarse de la aplicación de otro menos tuitivo en materia fundamentalmente salarial. Hablamos de elusión y no de evasión, porque a lo largo del caso y en opinión de los órganos jurisdiccionales que conocieron del mismo no quedó demostrado que la empresa en cuestión era una sociedad fantasma, sino una entidad con actividad real, lo que sitúa la práctica dentro de la “legalidad” aunque evidentemente y como venimos señalando, los objetivos perseguidos por las empresas son más que cuestionables a la luz de la lucha contra el *dumping social*.

El supuesto de hecho es el siguiente: los demandantes (Szabo et alt.), residentes formalmente en Hungría, trabajaban como conductores internacionales de camión para la compañía Silo-tank Kft, establecida en Hungría. Esta empresa es una filial de la empresa holandesa Van den Bosch B.V.; ambas entidades pertenecen al mismo grupo y están dirigidas por la misma persona. La filial sueca había suscrito un convenio colectivo considerado de aplicación general (CBA GN) con la Confederación de Sindicatos Holandesa. Ambas empresas utilizaban una tercera compañía establecida en Holanda para efectuar las actividades de planificación, procesamiento de las órdenes y administración.

Las condiciones de trabajo y el salario de los demandantes eran acordes al derecho húngaro; no se les aplicaron en ningún momento los mínimos establecidos en los convenios colectivos señalados ni en la ley holandesa. Cuando uno de los trabajadores exigió a la compañía la percepción de los niveles salariales holandeses, fueron despedidos⁶⁶.

En la demanda, los trabajadores solicitan que la empresa Van den Bosch B.V. sea declarada como empleadora y por tanto responsable principal de los hechos, y condenada a la readmisión y al reintegro de los salarios dejados de percibir tras el

⁶⁶ La sentencia establece los siguientes hechos: Szabo & co. trabajan como conductores internacionales de camiones. Van den Bosch B.V. es una empresa logística. Van den Bosch B.V. y Silo-tank Kft son empresas hermanas. Pertenecen al mismo grupo. El Sr. P. van den Bosch es director y propietario de Van den Bosch B.V. También es el director de Silo-tank Kft. Van den Bosch B.V es miembro de Goederenvervoer Nederland, la asociación holandesa de transporte de mercancías. Goederenvervoer Nederland firmó un convenio colectivo con la Confederación de Sindicatos Holandeses (Dutch Trade Union Confederation - FNV-), cuya fecha más reciente de entrada en vigor fue el 1 de enero de 2012 (en adelante: CC GN). Se declaró el CC GN como generalmente vinculante. El plazo del CC GN llegaba hasta el 31 de diciembre de 2013. Además, el convenio colectivo del sector del transporte para el transporte terrestre y el alquiler de grúas móviles (en adelante: CC sector del transporte) se declaró generalmente vinculante desde el 31 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013. Tanto Van den Bosch B.V. como Silo-tank Kft utilizaron una tercera empresa (constituida en los Países Bajos), para su planificación, procesado de pedidos, administración, TIC y control de calidad), denominada Van den Bosch Company Services B.V. Szabo & co. Celebraron un contrato de empleo por escrito con Silo-tank Kft. Los salarios se pagaban de acuerdo con la legislación húngara. A Szabo & co. no se le aplicaban los términos y condiciones de trabajo básicas según lo establecido en el CC del sector del transporte, ni los términos y condiciones financieras de la legislación holandesa. En noviembre de 2013, Szabo & co. reclamó el pago de salarios holandeses. Poco después se les notificó por carta, desde Silo-tank Kft, que no volverían a ser convocados para trabajar a partir del 24 febrero de 2014. El 11 febrero de 2014, Silo-tank Kft envió una carta a Szabo & co., en la que daba por terminado el contrato de trabajo con efecto inmediato.

despido. En opinión de los demandados Silo-tank debía ser considerada responsable subsidiaria.

Los trabajadores basaron su demanda contra la empresa holandesa en las siguientes alegaciones: durante la relación de trabajo habían recibido la totalidad de encargos de Van den Bosch B.V., que también les abonaba el salario en euros, determinaba sus horarios, vacaciones etc. Los trabajadores habían realizado la totalidad de servicios en y desde Holanda, las grabaciones del tacógrafo estaban registradas por una empresa holandesa, al igual que los informes del ordenador de a bordo. La misma empresa había realizado la selección de los trabajadores, que solo formalmente eran contratados por la empresa húngara, etc.⁶⁷. Las empresas negaron estos hechos.

Por otro lado, los trabajadores fundamentaron su demanda contra la empresa húngara señalando que Silo-tank debería, basándose en el art. 6 del Convenio Roma, o en el art. 8 de Roma I, aplicar los términos y condiciones de empleo básicas holandesas, porque los trabajadores claramente trabajaban como conductores en viajes en, desde y a los Países Bajos. Por ello, los Países Bajos es el país desde el que habitualmente realizan su trabajo. Adicionalmente, al amparo de la Directiva sobre Desplazamiento de Trabajadores, son de aplicación las condiciones financieras del CC generalmente vinculante, y después de la finalización del CC, son de aplicación las disposiciones holandesas relativas al salario mínimo legal, vacaciones pagadas obligatorias y días de vacaciones.

Silo Tank negó estos hechos y afirmó que la prestación de servicios se realizó desde y hasta Hungría, y fundamentalmente fuera del territorio holandés, por lo que no existía conexión entre el ordenamiento jurídico de este país y los contratos de trabajo.

Las resoluciones del tribunal de primera instancia y de la Corte de Apelación siguen una línea similar. Como marco de su razonamiento, el tribunal inferior hace una defensa de las técnicas de elusión normativa (del *dumping* social) como una actitud que se deriva de la propia libre competencia en el mercado de la UE. Así, el Tribunal señala que «puede asumirse que Van den Bosch B.V. adquirió Silo-tank Kft para utilizar conductores húngaros en sus transportes, para no estar sujeta a los términos financieros y condiciones laborales de la legislación sobre trabajo holandesa, sino de la legislación laboral húngara». En opinión del tribunal, no cabe duda de que Silo-tank es una empresa con entidad legal independiente, que había firmado por su cuenta los contratos de trabajo de los demandantes. En este sentido, aunque había quedado demostrada la relación con la empresa danesa, que de facto les abonaba los salarios y controlaba su prestación laboral, tanto el juez de instancia como el de apelación analizaron la situación en base al resto de indicios, como la residencia y el pago de las contribuciones sociales en Hungría. Así, la sentencia de apelación confirmó que de las circunstancias del caso no podía deducirse que la legislación laboral holandesa fuera directamente aplicable,

⁶⁷ Van den Bosch B.V. entregaba las asignaciones de servicios a Szabo & co. Szabo & co., de hecho, recibía todas sus misiones desde Van den Bosch B.V. También realizaban casi todo su trabajo en y desde los Países Bajos y en representación de Van den Bosch B.V. Van den Bosch B.V. pagaba los salarios de Szabo & co. El reembolso de gastos netos se pagaba en euros. Szabo & co. trabajaron desde Erp durante toda la duración del contrato. Los informes del tacógrafo están registrados en Van den Bosch B.V., al igual que los formularios del ordenador de a bordo. Szabo & co. también tienen una dirección de correo electrónico en el dominio '@myvandenbosch.com' y obtuvieron un diploma de la Van den Bosch Academy en Erp. Y lo que es más, Van den Bosch B.V. utiliza el mismo eslogan que Silo-tank Kft.

porque los Países Bajos no es el país habitual donde se realizaba el trabajo. Por esta razón desestimó la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio de Roma.

El siguiente paso del asunto fue la valoración de la aplicabilidad de la Directiva 96/71, esto es, la existencia o no de un desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Dada la importancia de atender al contenido y al desarrollo jurisprudencial de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, es aconsejable derivar el análisis de esta cuestión al apartado 4 del presente informe.

4. La elusión normativa como fenómeno vinculado a la libre prestación de servicios en el seno de la UE: las insuficiencias normativas

La creación de un mercado integrado exige la actuación en dos planos: el primero en el sentido liberalizador del tráfico económico en el mercado (estableciendo las cuatro libertades económicas fundamentales y prohibiendo las discriminaciones por razón de origen, nacionalidad o domicilio); el segundo, organizando un régimen de competencia no falseado por la actuación de los Estados ni por las prácticas restrictivas de los propios particulares.

En concreto, la regulación actual de las libertades económicas parte del art. 26. 2 del TFUE, donde se afirma que el mercado interior 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 del propio Tratado. De entre estas libertades únicamente la relativa a los trabajadores tiene como objetivo directo las relaciones de trabajo asalariado; sin embargo, la puesta en práctica del conjunto de las mismas ha incidido en las normas laborales de los Estados miembros. De hecho, la construcción de estas libertades ha provocado que, desde mediados de los años ochenta, numerosas normas estatales de carácter social hayan sido consideradas como obstáculos para la construcción del mercado interior.

Esta colusión entre las cuestiones sociales y las normas que rigen el mercado interior ha sido dirimida por el TJUE, el cual, aun reconociendo las competencias estatales en materia laboral y los límites derivados del propio TFUE, ha señalado con claridad que “el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede justificar que se vulneren los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades fundamentales”.

Con esta base, el Tribunal de Justicia se ha ocupado de mediar entre la realización de los valores sociales y económicos, presentes en un conflicto que, nacido en el seno de la libre circulación de mercancías, se ha extendido hacia el conjunto de las libertades y de las normas de la competencia. La tendencia del Tribunal ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de las libertades económicas, incluyendo dentro de dicho ámbito a las disposiciones laborales estatales, tengan estas un carácter legal o sean convenios colectivos.

Así, las libertades de circulación, en especial la de prestación de servicios, pero también la de mercancías y la de establecimiento, han entrado en conflicto en

numerosos asuntos con disposiciones estatales relativas a las relaciones laborales. De esta manera, normas relativas al tiempo de trabajo⁶⁸, a determinadas prestaciones reguladas del sistema de seguridad social⁶⁹, y la laboralidad no pertenecen a una prestación de servicios⁷⁰ o a la regulación del lugar de trabajo⁷¹. Junto con estas cuestiones, destacan las múltiples ocasiones en las que el Tribunal de Justicia ha evaluado la aplicabilidad de una norma estatal, autónoma o heterónoma, a trabajadores extranjeros desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios a la luz del art. 49 TCE y 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 servicios⁷². Además, el TJ ha entrado en la valoración del ejercicio de derechos sociales colectivos, de huelga y de negociación colectiva, a la luz de la materialización de las libertades de circulación, aplicando los principios asentados en los asuntos anteriores. Con la “*saga Laval*”⁷³, el TJ ha llevado a cabo lo que para algunos autores es la muestra de la “inevitable subordinación de los derechos sociales al mercado”⁷⁴. Así, a lo largo de una larga lista de sentencias, el Tribunal ha desarrollado paulatinamente el contenido de los derechos sociales fundamentales en el ámbito de la UE, marcando a la vez las fronteras de la acción estatal en materia social.

Acompañando a esta jurisprudencia, distintas normas relativas al funcionamiento del mercado interior han tratado la relación entre la promoción de las libertades de circulación y los derechos laborales reconocidos a los trabajadores en los Estados Miembros. En 1989, y planteándose como reacción clara a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, el Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre, sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías incluyó la primera disposición normativa orientada a mediar entre estas dos lógicas

⁶⁸ SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, C-145/88; de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/89; de 16 de diciembre de 1992, *Reading Borough Council*, C-304/90; de 16 de diciembre de 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council*, C-169/91 y de 16 de diciembre de 1992, *Rochalde Borough Council*, 306/88; de 2 de junio de 1994, *Tankstation t*, asuntos acumulados C-140/92 y C-402/92; STJCE de 2 de junio de 1994, *Punto Casa y PPV*, asuntos acumulados C-9/93 y C-258/93.

⁶⁹ Sobre esta cuestión existen numerosas sentencias, la referencia de partida son las SSTJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95 y de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96. Para un resumen de la jurisprudencia del TJCE respecto de la interacción entre la regulación de los sistemas de seguridad social y las libertades de circulación (servicios) vid. la reciente sentencia de 5 de marzo de 2009, *Kattner*, C-350/07.

⁷⁰ SSTJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95 y de 15 de junio de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, C-255/04.

⁷¹ STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael*, asuntos acumulados 110 y 111/78; de 17 de diciembre de 1984, *Webb*, 279/80; de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05.

⁷² Entre otras es necesario destacar las SSTJCE **de 3 de febrero de 1982**, *Seco*, asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81; de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89; 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96; 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98; 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98; 24 de enero de 2003, *Portugaia Construções Ltda.*, C-164/99; 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03; 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania*, C-341/02.

⁷³ SSTJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05; de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06; de 19 de junio de 2008, *Comisión vs Luxemburgo*, C-319/06. El pórtico de entrada a todas ellas fue la STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05.

⁷⁴ FREDMAN, S., “Transformation or dilution: fundamental rights in the EU Social Space”, ELJ, p. 41.

contrapuestas⁷⁵. Esta norma, que afirma la responsabilidad del Estado por las acciones realizadas por particulares que perturban gravemente el buen funcionamiento del mercado interior, establece el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga⁷⁶, como límite de las obligaciones impuestas a los Estados⁷⁷.

La alusión a los derechos fundamentales como frontera de la construcción del mercado interior se encuentra de nuevo en la Directiva de Servicios de 2006⁷⁸. En la misma se establecen los siguientes límites relacionados con las cuestiones sociales: las normas sociales comunitarias⁷⁹; el Derecho laboral estatal; la legislación nacional en materia de seguridad social⁸⁰ y el ejercicio de los Derechos Fundamentales, con especial mención a la acción sindical⁸¹.

Más allá de estas dos escuetas menciones de la cuestión, existe una intervención normativa directamente orientada, o al menos así se afirmó en su trámite y nacimiento, a la gestión de la relación entre los derechos laborales establecidos en el ámbito estatal y la promoción de la libertad de prestar servicios que ostentan los agentes económicos en el mercado interior, 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.

4.1. Directiva 96/71 y sus problemas: ¿una forma de mejorar o impedir el *dumping social*?

Como hemos señalado las dos libertades que han interactuado de manera más incisiva con los derechos laborales son la de establecimiento y la de prestación de servicios. En particular esta última ha sido la que más oportunidades ha abierto, como ya hemos señalado, para las estrategias de elusión normativa.

Los artículos 56 a 62 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconocen el derecho de ofrecer los servicios a partir de un establecimiento, sea éste principal o secundario, implantado en una comunidad del territorio de otro Estado

⁷⁵ STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, C-265/95. Este asunto tuvo su origen en los ataques de agricultores franceses a los productos agrícolas de otros Estados miembros, ante la pasividad de las autoridades del país.

⁷⁶ Artículo 2. “El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados Miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados Miembros.”

⁷⁷ Cabe señalar que, con el objetivo de intervenir en la fricción entre derechos colectivos y libertades económicas, en enero de 2012 se presentó la propuesta del llamado Reglamento Monti II (Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios /* COM/2012/0130 final - 2012/0064 (APP).

⁷⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁷⁹ Considerando 13: “Es igualmente importante que la presente Directiva respete plenamente las iniciativas comunitarias basadas en el artículo 137 del Tratado con miras a alcanzar los objetivos de su artículo 136 relativos al fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo”.

⁸⁰ Art. 1.6 (en el mismo sentido, Considerando 14).

⁸¹ Art. 1.7 (en el mismo sentido, Considerando 15).

Miembro. El art. 57 del TFUE aborda de manera parca la definición de “servicio”, afirmando que tendrán esta consideración “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”. La libre prestación de servicios tiene carácter residual respecto de las otras reguladas en el Tratado, siéndole de aplicación, ex art. 62 del TFUE, los arts. 49 a 55, relativos a la libertad de establecimiento. Pero, aun cuando el TJUE haya repetido en numerosas ocasiones que la libre provisión de servicios se encuentra subordinada a las otras libertades económicas⁸², la realidad actual demuestra una especial promoción de la misma por parte de las autoridades europeas, así como un crecimiento exponencial del número de casos que, amparándose en esta libertad llegan ante el TJUE, muchos de los cuales tienen como origen un conflicto de carácter laboral.

La principal característica de esta libertad es el carácter temporal de la prestación de servicios, que no implica ni requiere la integración de quien los presta en la vida económica del Estado de acogida. Esta diferencia posibilita que al prestador de servicios no le sean de aplicación todas las normas del Estado de acogida. Por todo ello, esta libertad ha sido considerada como “la más libre de todo el mercado interior”, dado que la aplicación de la misma escapa en gran medida, a las reglas locales aplicables en el país donde se presta el servicio, y esto incluye las cuestiones laborales.

Debe recordarse que el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios es un supuesto distinto de los fenómenos migratorios tradicionales ligados a la búsqueda de trabajo, ya que en este caso se produce una movilidad «en el empleo»⁸³, por voluntad y bajo la dirección del empresario, durante un tiempo determinado. Desde la sentencia *Rush Portuguesa*⁸⁴ no cabe duda de que este tipo de situaciones se enmarcan en la libertad para prestar servicios reconocida en el art. 56 del TFUE y no en la libre circulación de trabajadores del art. 45 del Tratado⁸⁵. Las repercusiones de esta diferenciación, mantenida a lo largo de la jurisprudencia del TJUE hasta la actualidad son evidentes. La libre circulación de trabajadores supone, según el art. 45.2 TFUE, 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. En cambio, esta regla del “trato nacional” no juega en la libre prestación de servicios, pues supondría aplicar condiciones iguales a situaciones desiguales, lo cual es contrario, sin perjuicio de su posible justificación, a los arts. 56 y ss. TFUE.

La construcción del mercado interior ha multiplicado los supuestos de prestaciones transfronterizas de servicios y la movilidad de los trabajadores en el marco de las mismas. Aunque esta es una afirmación evidente, lo cierto es que, como ha

⁸² STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, apartado 22. Sobre esta cuestión vid. BARNARD (2006), pp. 331 y ss.

⁸³ Para todos ellos, ver. LYON-CAEN, G., «La mise à disposition internationale de salarié», *Droit Social*, 1981, pág. 747.

⁸⁴ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89..

⁸⁵ Hasta la ya mencionada sentencia *ITC* en la que el Tribunal admite que una empresa de cesión de mano de obra puede ampararse en la libre circulación de trabajadores para considerar contraria a la misma una norma estatal que obstaculice de alguna manera sus actividades, STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05.

reconocido la propia Comisión, no existe un registro específico de este tipo de movilidad y los datos que se manejan derivan fundamentalmente de los registros de los sistemas de seguridad social de los países de origen, lo que probablemente provoque una estimación a la baja del número de desplazamientos.

Atendiendo a los países de origen y recepción observamos como la escisión este/oeste es claramente significativa, pero la elección del país de destino atiende también a otro criterio, como es la vecindad: más del 80 % de los desplazamientos se realiza entre países vecinos. En cifras absolutas, Alemania, Francia y Bélgica son los tres principales países de destino, y reciben el 50 % del total de desplazamientos; atendiendo a cifras relativas, Luxemburgo (9 Bélgica (3,8 %) y Austria (2,5 %) tienen los porcentajes más altos. En cuanto a los países de origen, y en cifras absolutas, el 54 % de los trabajadores desplazados provenía en 2014 de Polonia, Alemania y Francia. En términos relativos destacaron Luxemburgo (26 %), Eslovenia (11,5 %) y Eslovaquia (4 %) ⁸⁶. En cuanto a los sectores económicos, el 42 % del total se produce en el sector de la construcción; el 21,8 % en la industria manufacturera y el 13,5% en el sector servicios. Por último, es importante destacar que la duración media de un desplazamiento es de 4 meses y que la brecha salarial entre los trabajadores desplazados y los trabajadores locales oscila entre el 10 % y el 50 % en función del país y del sector.

La norma nacida para regular la cuestión es 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 ⁸⁷. Esta norma se aprobó en el marco del Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de 1989. En ella se delimita el conjunto de materias que constituye el núcleo fundamental inviolable de las condiciones laborales que deben respetarse incluso respecto de los trabajadores desplazados dentro del marco de la libre prestación de servicios. Sin embargo, lejos de configurarse como una disposición social, la directiva se orienta principalmente a permitir la libre circulación de servicios y a evitar las distorsiones en la competencia derivadas del *dumping* social, como demuestra la base jurídica en la que se sustenta: el actual art. 47.2 por remisión del 55 TFUE, relativos a la libre prestación de servicios y orientados a las “prestaciones no asalariadas”. Por su parte, en las diferentes Comunicaciones de la Comisión que contienen orientaciones relativas a la aplicación de la Directiva 96/71 ⁸⁸ se advierte de la doble finalidad de la Directiva: suprimir los obstáculos y las incertidumbres que pudieran suponer trabas a la realización de la libre prestación de servicios, así como aumentar la seguridad jurídica permitiendo la identificación de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios.

⁸⁶ Comisión Europea, Valoración de impacto anexa a la propuesta de una Directiva del Parlamento Europeo y el consejo para modificar la Directiva 96/71/EC relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios, COM(2016)128.

⁸⁷ A la que remite expresamente el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁸⁸ 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; 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; Comunicación de la Comisión, de 13 de junio de 2006, «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».

En fin su conexión con la liberalización de los servicios en el mercado interior viene reafirmada por el art. 3.1 a) de 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, que afirma la primacía de aquella en caso de conflicto con esta.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, la estrategia adoptada en la norma comunitaria es, como señalamos en el epígrafe anterior, la modulación de la regla de la extraterritorialidad del contrato. La Directiva no sustituye al art. 6 del Convenio de Roma (hoy art. 8 del Reglamento Roma I) sino que actúa complementando el Convenio al concretar para las situaciones de desplazamiento de trabajadores el contenido de las “leyes de policía” a las que se refería el art. 7 de la norma de 1980. Para ello, en su art. 3, la Directiva determina un conjunto de disposiciones del ordenamiento del Estado de acogida temporal, que deben ser obligatoriamente contempladas cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, incluyendo en el texto un listado de materias no limitativo. Las condiciones de trabajo relativas a estas materias deben ser aseguradas por los Estados Miembros para todas las personas que trabajen en su territorio. Los mismos se han visto así impelidos a dotarse de un conjunto de normas imperativas mínimas, un núcleo fundamental indisponible, que será aplicable a todas las empresas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Así, para conseguir el objetivo de coordinación de las disposiciones estatales, el art. 3 de la Directiva establece que, cualquiera que sea la ley aplicable, las empresas que desplacen temporalmente a trabajadores a otros Estados miembros deben respetar las condiciones laborales del Estado de acogida temporal respecto a determinadas materias que se enumeran en el artículo y siempre que dichas condiciones se encuentren establecidas de manera conforme a las indicaciones del texto de la Directiva.

Las dos vías previstas son la utilización de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Durante el periodo del traslado de los trabajadores para efectuar la prestación del servicio, del texto de la Directiva se deriva la obligatoriedad de respetar las disposiciones que cada Estado considere como normas imperativas junto con los derechos resultantes de su contrato y de las normas aplicables al mismo, siempre y cuando éstas, en particular los convenios colectivos, cumplan las condiciones exigidas por la Directiva comunitaria. Para cerrar el sistema la propia Directiva, en su art. 7, prevé la posible derogación *in melius* de las normas del país de acogida ya que según este precepto, la concurrencia normativa debe resolverse aplicando la norma más favorable al trabajador.

Entre los distintos problemas que ha planteado su aplicación, los más relevantes son los siguientes: la determinación de la duración del desplazamiento para poder considerarlo temporal o permanente, la cuestión de la determinación del salario mínimo en las situaciones de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios⁸⁹ y la determinación del convenio colectivo aplicable en estas situaciones. Por añadidura, y vinculado a esta última cuestión, las carencias de la Directiva 96/71 y la

⁸⁹ No puede pasar desapercibida la importancia de la sentencia Sähköalojen, C-396/13, de 12 de febrero de 2015 en esta cuestión. Sobre la misma se remite a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Un nuevo enfoque de la Directiva 96/71 sobre la protección de los trabajadores desplazados” en Derecho de las Relaciones Laborales, N° 5, 2015.

interpretación que de la norma ha hecho el TJUE han provocado un grave impacto en los modelos nacionales de negociación y conflicto colectivo⁹⁰. De manera paralela, diversas interpretaciones de la Comisión, en sus formas anteriores, han ido endurecido su carácter de norma “antisocial” o incluso “antisindical”.

En concreto, es posible sintetizar los problemas actuales en el siguiente listado⁹¹: el abuso del estatus de trabajador desplazado para eludir y burlar la legislación de un determinado país, derivado de la insuficiente delimitación de qué debe entenderse por trabajador desplazado, es decir, la duración máxima que debe tener un desplazamiento para poder enmarcarlo en el ámbito de aplicación de la Directiva; el amplio margen de libertad dejado a los Estados miembros para determinar el núcleo fundamental de las materias y en particular las discrepancias en cuanto a la determinación del contenido de la expresión “cuantía de salario mínimo”; las dificultades para determinar con claridad la normativa estatal aplicable y las deficiencias en el control, seguimiento y garantía del cumplimiento de la normativa; las tensiones existentes entre las libertades de prestación de servicios y establecimiento y las acciones de conflicto colectivo así como los sistemas nacionales de relaciones laborales y, en particular, las contradicciones existentes entre el modelo de estructura de negociación colectiva previsto en la norma de 1996 como requisito para la aplicabilidad de los convenios colectivos, y los diversos sistemas estatales existentes en los Estados Miembros.

Según ha indicado la Comisión en el examen de impacto de la propuesta actual de reforma, publicado en 2016, este conjunto de problemas provoca las siguientes consecuencias: deterioro de la aceptación del desplazamiento de trabajadores, *dumping* social, incertidumbres normativas, y aumento de la conflictividad jurídica y de sus gastos, y competencia desleal⁹². En concreto, el documento indicado señala la cuestión salarial como problema central y afirma que la norma de 1996 establece una diferenciación estructural de las normas salariales que deben aplicarse a los trabajadores desplazados y a los locales, lo cual provoca una situación desigual entre las empresas que trasladan trabajadores y las locales. Tal diferenciación deriva de tres elementos: la incorporación de la poco clara expresión “cuantías de salario mínimo”; las diferencias existentes entre los Estados Miembros respecto de lo que debe entenderse dentro de ese concepto y la dudosa eficacia del mecanismo de determinación de la norma aplicable para la definición de esas cuantías en los sistemas donde las mismas se

⁹⁰ Sobre este impacto se remite a la bibliografía citada en GUAMÁN HERNÁNDEZ A. “¿Normas internacionales versus Normas de la UE? De nuevo a propósito del caso Laval”, *Relaciones Laborales*, N° 11, 2014.

⁹¹ 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 y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71 y Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios” (COM(2012) 130 final, 131 final y SWD(2012) 63 final) y, con carácter reciente: «Documento de trabajo del personal de la Comisión, evaluación de Impacto, acompañando al documento: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, modificando la Directiva 96/71/EC relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios «{COM(2016) 128 final} {SWD(2016) 53 final}

⁹² Vid. Documento de trabajo del personal de la Comisión, Evaluación de Impacto, acompañando al documento: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo modificando la Directiva 96/71/EC relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios, {COM(2016) 128 final} {DWD(2016) 53 final.

fijan por convenios colectivos ajenos a la intervención estatal. El resultado de esta situación es la segmentación entre los trabajadores desplazados, que reciben un salario inferior, especialmente en países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Holanda o Suecia, y los locales⁹³. Ni la Directiva 96/71 ni la Directiva 2014/67 han conseguido reducir o controlar eficazmente estas prácticas.

Dos son, sin duda, los problemas más acuciantes de entre los señalados: la determinación de las cuantías salariales aplicables y la determinación del convenio colectivo que debe ser de aplicación.

El art. 3 de la Directiva 96/71 establece que los Estados Miembros velarán para que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, en el marco de una prestación de servicios transnacional, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias enumeradas en esa disposición. La mencionada disposición persigue, según la interpretación del TJUE, dos objetivos concretos: Por un lado, asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional, “en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida⁹⁴. Por otro, el artículo tiene por objetivo asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección *mínimas* del Estado Miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado Miembro⁹⁵. En particular, el apartado 1, párrafo primero, letra c) del art. 3, de la Directiva remarca que la facultad de intervención de los Estados Miembros, en lo que a los salarios se refiere, a las cuantías del salario *mínimo*⁹⁶.

La referencia fundamental en el tema del salario mínimo es la sentencia *Sähköalojen*⁹⁷. En esta sentencia, el Tribunal afirmó con novedosa rotundidad que “el salario mínimo calculado conforme a lo establecido en los convenios colectivos pertinentes no puede depender de la libre elección del empresario que desplaza trabajadores, con el único fin de ofrecer el trabajo de sus empleados desplazados a un precio menos elevado que el de los trabajadores locales”, aclarando como conclusión y de manera expansiva los conceptos que deben entenderse incluidos en el artículo 3, de

⁹³ El documento cuantifica esta segmentación afirmando que las diferencias alcanzan entre un 10 y un 15 % en el sector de la construcción en Dinamarca, entre un 25 y un 35 % en el mismo sector en Bélgica o incluso un 50 % en el sector del transporte en este último país.

⁹⁴ STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartados 74-75. Esta norma, continua el TJ, impide por tanto que “mediante una aplicación a sus trabajadores, en relación con estas materias, de las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado Miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados Miembros puedan ejercer una competencia desleal hacia las empresas del Estado Miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en el Estado Miembro de acogida”.

⁹⁵ *Ibidem*, apartado 75.

⁹⁶ STJCE de 19 de junio de 2008, *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06.

⁹⁷ STJUE *Sähköalojen*, de 12 de febrero de 2015, C-396/13, , Vid. el comentario de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Un nuevo enfoque de la Directiva 96/71 sobre la protección de los trabajadores desplazados” en *Derecho de las Relaciones Laborales*, N° 5, 2015.

la Directiva 96/71, a la luz de los artículos 56 TFUE y 57 TFUE⁹⁸. En opinión de la Confederación Sindical Europea este asunto marcó un punto de inflexión en la lógica de la jurisprudencia *Rüffert*, marcada por la aceptación de la competencia entre salarios⁹⁹.

El segundo de los grandes problemas que ha provocado la aplicación de la directiva se vincula directamente con la determinación de la ley aplicable y de los convenios colectivos que deben considerarse aplicables en las situaciones de movilidad transnacional. En estos casos, el TJUE se ha apoyado en la Directiva interpretando la misma como un máximo para cuestionar así la estructura de los sistemas estatales de negociación colectiva.

En los conocidos asuntos *Laval*¹⁰⁰, *Rüffert*¹⁰¹ y *Comisión contra Luxemburgo*¹⁰² se demostró cómo las condiciones que esta norma exige a los convenios colectivos para poder aplicarlos a las empresas que prestan un servicio en otro Estado miembro, habiendo desplazado a sus propios trabajadores, representan un escollo de importancia fundamental, pues no tienen adecuadamente en cuenta la disparidad de estructuras de negociación colectiva existentes entre los Estados miembros. En primer lugar, porque la aplicabilidad *erga omnes* no existe en diversos Estados miembros, entre ellos Suecia. En segundo lugar, porque la vía alternativa prevista por la norma comunitaria en el apartado 8 del art. 3, implica igualmente una intervención estatal expresa en el marco de la autonomía colectiva que no encaja con la estructura de las relaciones colectivas de trabajo de determinados Estados Miembros¹⁰³.

La existencia de esta diversidad, reconocida y protegida por el actual art. 152 del TFUE, ha sido condicionada por el TJUE en su interpretación de la Directiva 96/71. La

⁹⁸ Señala el Tribunal que este artículo debe interpretarse en el sentido de que: no se opone al cálculo del salario mínimo por hora y/o a destajo, basado en la clasificación de los trabajadores en grupos salariales, como prevén los convenios colectivos pertinentes del Estado Miembro de acogida, siempre que el cálculo y la clasificación citados se efectúen según reglas vinculantes y transparentes, extremo que debe comprobar el juez nacional; una indemnización diaria, como la controvertida en el litigio principal, forma parte del salario mínimo en idénticas condiciones a aquellas a las que está sometida la inclusión de dicha indemnización en el salario abonado a los trabajadores con ocasión de un desplazamiento en el interior del Estado Miembro de que se trata; un complemento de trayecto diario, abonado a los trabajadores siempre que la duración del trayecto de ida y vuelta diario efectuada por aquéllos sea superior a una hora, forma parte del salario mínimo de los trabajadores desplazados siempre que se cumpla ese requisito, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional; el pago del alojamiento de dichos trabajadores no constituye un elemento de su salario mínimo; un complemento que adopta la forma de cheques restaurante entregados a los citados trabajadores no forma parte de su salario mínimo, y la paga de vacaciones que debe concederse al trabajador desplazado por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas corresponde al salario mínimo al que tiene derecho durante el período de referencia.

⁹⁹ Disponible en: <https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/circular/files/target_review_pwd_etuc_contribution.pdf>

¹⁰⁰ STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05. Las Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi fueron presentadas el 23 de mayo de 2007.

¹⁰¹ STJCE *Rüffert*, C-346/06, de 19 de junio de 2008.

¹⁰² STJCE *Comisión contra Luxemburgo*, C-319/06, de 19 de junio de 2008.

¹⁰³ Sobre el particular, y para un recorrido por la ingente literatura respecto de estos pronunciamientos se remite a BARNARD, C., “Free Movement and Labour Rights: Squaring the Circle?”. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2013; GOERLICH, GUAMÁN, op. cit.; ESCRIBANO, J., “Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 101, 2009; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*, Albacete, Bomarzo, 2015.

misma, señala el Tribunal, no realiza una armonización ni del contenido de las disposiciones imperativas de protección mínima, que pueden ser fijados por los Estados Miembros respetando el Tratado y los principios generales de Derecho de la UE¹⁰⁴, ni de los sistemas de fijación de las condiciones de trabajo y empleo en los Estados Miembros. Al contrario, estos pueden elegir, a nivel nacional, un sistema que no figure expresamente entre los previstos en esa Directiva, “siempre que no obstaculice la prestación de servicios entre los Estados miembros”¹⁰⁵. Y evidentemente, he aquí el problema: la determinación del cómo y del porqué un sistema nacional de negociación colectiva puede obstaculizar la prestación de servicios, cuestión que el TJCE ha abordado con profusión en los asuntos que configuran la “*saga Laval*”.

La interpretación del TJUE ha estrechado los márgenes de la Directiva de manera tal que no permite ni la gestión del conflicto ni el respeto a la diversidad de los sistemas estatales de relaciones colectivas, elevado a valor digno de protección por el actual art. 152 del TFUE. Al contrario, el resultado de esta norma según su interpretación por el Tribunal de Justicia ha sido principalmente la “igualación de las situaciones jurídicas” de los actores económicos en su ejercicio de la libre prestación de servicios¹⁰⁶, lo cual no implica un efecto similar en las condiciones laborales de los trabajadores. Así, la gestión de la diversidad se ha orientado fundamentalmente a impulsar la realización de esta libertad económica, la realización del mercado interior, situando de facto a las normas laborales estatales en un modelo de “paradigma competitivo”. Configurada por el TJUE como un máximo común, esta norma permite de facto las situaciones de utilización por parte de las empresas de los diferentes estándares laborales existentes en los Estados Miembros como vía para obtener un mayor beneficio, en otras palabras, la Directiva es una vía abierta para la realización de prácticas de elusión normativa.

4.2. La Directiva 2014/67: ¿una solución efectiva?

El 14 de mayo de 2014 se aprobó la Directiva 2014/67/UE con el objetivo de garantizar el cumplimiento y la efectividad práctica de la Directiva 96/71/CE, introduciendo novedades respecto de los mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de la propia normativa en materia de fraude, elusión de las normas e intercambio de información entre Estados Miembros¹⁰⁷. Dado que la propuesta de

¹⁰⁴ STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 60.

¹⁰⁵ STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, apartado 68.

¹⁰⁶ Debe recordarse que la libre prestación de servicios no implica únicamente la prohibición de la discriminación sino la igualación de las condiciones de prestación. De esta manera, la libertad se ve obstaculizada por normas que, pese a no ser discriminatorias, suponen desincentivar la movilidad transnacional, por ser su cumplimiento más gravoso para las empresas extranjeras que para las nacionales (STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 55), lo cual sucede, por ejemplo, con la determinación de los salarios por vía negocial.

¹⁰⁷ Sobre esta Directiva se remite al completo estudio de FOTINOPOULOU BASURKO, O., *op. cit.* En el ámbito de la doctrina española pueden asimismo encontrarse los siguientes análisis: PÁRAMO MONTERO, P., “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N.º. 3, 2015; GÓMEZ ARBÓS, J., “De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la directiva 2014/67/UE”, Nueva revista española de derecho del trabajo, N.º. 176, 2015; TORMOS PÉREZ, J.A., “De nuevo sobre el

modificación se lanzó por parte de la Comisión cuando no había finalizado todavía el plazo para su trasposición (que acabó el 18 de junio de 2016)¹⁰⁸, diversos Estados miembros criticaron la oportunidad de proceder en ese momento a la reforma de la Directiva del 96. A este respecto la Comisión se ha esforzado en remarcar que la propuesta presentada el 8 de marzo de 2016 no trata ninguno de los mecanismos que establece la reforma de 2014.

La adecuada comprensión del contenido y fundamentalmente de las carencias de la Directiva de 2014 es un paso imprescindible para la valoración de la propuesta que la Comisión ha lanzado para reformar la norma del 96. La propia Comisión Europea ha identificado la norma como un instrumento para luchar contra las sociedades fantasmas y reforzar la capacidad de los Estados Miembros para monitorizar las condiciones de trabajo y dar fuerza ejecutiva a las normas aplicables. En este sentido, la Comisión afirma que la Directiva relaciona criterios cualitativos describiendo la existencia de una relación cierta entre el empleador y el Estado Miembro de establecimiento, que también se puede utilizar para determinar si una persona cae dentro de la definición aplicable de trabajador desplazado y también establece disposiciones para mejorar la cooperación administrativa entre las autoridades nacionales a cargo del desplazamiento, así como relaciona las medidas de control nacionales que los Estados Miembros pueden aplicar cuando monitorizan el cumplimiento de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados.¹⁰⁹

A pesar de esta afirmación, y siguiendo el análisis de FOTINOPOULOU¹¹⁰, puede afirmarse que el texto de 2014 no aporta soluciones completas a los grandes problemas de la norma de origen. En concreto, no se aprovechó para avanzar en la definición de trabajador temporalmente desplazado, no se aclaró la situación de los trabajadores desplazados por una empresa de trabajo temporal; no se avanzó en la mejor determinación de conceptos altamente problemáticos como la cuestión de los “mínimos salariales”; no se mejoró la determinación de la norma aplicable respecto de las disposiciones de origen colectivo ni, evidentemente, se avanzó en la delimitación de los espacios de la acción colectiva al abrigo de las libertades de circulación. Esta última cuestión era el objetivo de la Propuesta de Reglamento conocida como Monti II que fue finalmente retirada por la Comisión Europea el 11 de septiembre de 2012.

A pesar de estas carencias la Directiva de 2014 ofrece un conjunto de instrumentos de interés para la cooperación administrativa a modo de medidas concretas para una mejor aplicación de las normas de desplazamiento y el control del fraude. De entre sus disposiciones cabe señalar dos: el artículo 1.2, donde indica que la Directiva no afectará al ejercicio de los derechos fundamentales incluyendo el derecho de huelga o de acción colectiva ni el derecho a la negociación de convenios colectivos, y el artículo 4, donde se incluye una lista indicativa de criterios para determinar la existencia de un desplazamiento temporal y diferenciarlo de otro tipo de movimiento

desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la directiva 2014/67/UE”, Revista de información laboral, N°. 5, 2015.

¹⁰⁸ Hasta la fecha, todavía faltan dos Estados Miembros por trasponer la Directiva: Alemania y Croacia. Vid. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32014L0067>

¹⁰⁹ Documento de trabajo del personal de la Comisión. Evaluación de Impacto. Revisión del marco legislativo sobre el desplazamiento de trabajadores en el contexto de la prestación de servicios. Bruselas, 21.3.2012. SWD(2012) 63 final

¹¹⁰ FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Los trabajadores desplazados y su relación con el empresario como tercero. Novedades a propósito de la Directiva 2014/67/UJE”, RDS, N° 70.

transnacional de trabajadores que debería quedar sujeto a otra normativa¹¹¹. A esta lista de criterios nos referiremos posteriormente al volver al caso concreto de la Sentencia Silo-tank, que comenzamos a comentar *supra* (p.)

Además, la Directiva de 2014 dedica su artículo 12 a la responsabilidad en la subcontratación, estableciendo la posibilidad de que los Estados adopten voluntariamente distintas medidas para fijar la responsabilidad solidaria respecto de los salarios mínimos o las cotizaciones¹¹². La propuesta de la Comisión vuelve sobre las cadenas de subcontratación, para incluir un párrafo que establece la posibilidad de que todas las empresas que estén establecidas o que presten servicios en ese Estado puedan

¹¹¹ Art. 4.2. Para determinar si una empresa verdaderamente realiza actividades sustanciales, más que puramente de gestión interna y/o actividades administrativas, las autoridades competentes realizarán una evaluación completa de todos los elementos factuales que caracterizan aquellas actividades, teniendo en cuenta un rango temporal más amplio, realizadas por la empresa en el Estado Miembro de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado Miembro de acogida. Dichos elementos pueden incluir, en particular: (a) el lugar donde la empresa tiene su razón social y su administración, utiliza espacio de oficinas, paga impuestos y contribuciones a la seguridad social y, donde sea aplicable, tiene, de acuerdo con la legislación nacional, una licencia profesional o esta registrada en las cámaras de comercio u organismos profesionales; (b) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y desde el cual se les desplaza; (c) la legislación aplicable a los contratos celebrados por la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por el otro; (d) el lugar desde el cual la empresa realiza una actividad comercial sustancial y en el que emplea personal administrativo; (e) el número de contratos realizados y/o el tamaño del volumen de ventas realizado en el Estado Miembro de establecimiento, teniendo en cuenta la situación específica de, inter alia, de empresas de nueva creación y pymes.

3. Para determinar si un trabajador o trabajadora desplazados temporalmente llevan a cabo su trabajo en un Estado Miembro distinto del cual donde trabajan habitualmente, habrán de examinarse todos los elementos factuales que caracterizan dicho trabajo y la situación del trabajador. Dichos elementos pueden incluir, en particular:

(a) si el trabajo se realiza, durante un tiempo limitado, en otro Estado Miembro;

(b) la fecha en que comienza el desplazamiento;

(c) si el desplazamiento se realiza a un Estado Miembro distinto de aquel en el que el trabajador desplazado realiza habitualmente su trabajo de acuerdo con los Reglamentos (EC) No 593/2008 (Roma I) y/o la Convención de Roma;

(d) si el trabajador desplazado vuelve al Estado Miembro desde donde se le desplaza, o se prevé que continúe trabajando en dicho Estado Miembro una vez completado el trabajo o la prestación de servicios para los que se le desplazó;

(e) la naturaleza de las actividades;

(f) si el viaje, la manutención y el alojamiento o vivienda son proporcionados o reembolsados por el empleador que desplaza al trabajador y, si así fuera, cómo se proporciona esto o el método de reembolso;

(g) cualesquiera períodos previos durante los cuales el puesto fue ocupado por el mismo u otro trabajador (desplazado).

4. Que no se cumplan uno o más de los elementos factuales establecidos en los párrafos 2 y 3 no excluye automáticamente una situación de ser caracterizada como de desplazamiento. La evaluación de esos elementos deberá adaptarse a cada caso específico y tener en cuenta las características concretas de la situación.

5. Los elementos a los que se refiere este Artículo, utilizados por las autoridades competentes en la valoración general de una situación como desplazamiento real, también pueden tenerse en cuenta para determinar si una persona cae dentro de la definición de «trabajador» aplicable, de acuerdo con el Artículo 2(2) de la Directiva 96/71/EC. Los Estados Miembros deberían guiarse, entre otros, por los hechos relacionados con el desempeño de trabajo, subordinación y remuneración del trabajador, independientemente de cómo se describa la relación en cualquier acuerdo, contractual o no, que puedan haber alcanzado las partes.

¹¹² FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Los trabajadores desplazados...” op. cit.

verse obligadas, por una ley, reglamento o convenio colectivo (cualquier tipo de convenio), a subcontratar únicamente con terceras empresas que garanticen determinadas condiciones de trabajo, incluyendo la remuneración. En todo caso, la norma que prevea esta obligación debe ser proporcionada y no discriminatoria. De aprobarse esta modificación, se abriría la posibilidad de imponer cláusulas sociales que afectaran tanto a las empresas locales como a las que desplazan sus servicios desde otro Estado Miembro.

Como se ha señalado anteriormente, los Estados Miembros deben incorporar la Directiva a su ordenamiento jurídico el 18 de junio de 2016. Sin esperar a esa fecha, la Comisión presentó el 8 de marzo su propuesta para la reforma de la norma de base de 1996.

4.3. La reforma de la Directiva 96/71

El Presidente Juncker ha incluido la reforma de la Directiva entre sus prioridades. Así, el programa de trabajo de 2015 de la Comisión incluyó la iniciativa de impulsar un “Paquete de movilidad laboral” orientado a fomentar la misma y evitar los abusos mediante una mejor coordinación de los sistemas de seguridad social, la revisión de la Directiva de desplazamiento y la mejora del EURES¹¹³. En el discurso sobre el Estado de la Unión de 2015, Juncker reafirmó su voluntad de “conseguir un mercado laboral justo y verdaderamente paneuropeo”, promoviendo la movilidad laboral basada en normas y principios claros y guiada por la máxima de “garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo realizado en el mismo lugar”, intención que fue reiterada en el Programa de trabajo de 2016¹¹⁴.

No es la primera vez que se señala la necesidad de modificar el marco normativo de estos desplazamientos. La propia Directiva del 96 encargaba en su artículo 8 a la Comisión un nuevo examen del texto antes del 16 de diciembre de 2001, pero aquel examen no se llevó a cabo. La primera de las intervenciones finalmente aprobadas, orientada a paliar los defectos de la Directiva del 96, y a reforzar su aplicación, fue la adopción de la Directiva 2014/67/UE, cuya trasposición debía finalizar el 18 de junio de 2016.

En plena fase de trasposición, cuestión que ha sido objeto de crítica, la Comisión de Juncker lanzó el 15 de junio de 2015 un procedimiento de consulta respecto del Paquete de Movilidad Laboral, incluyendo la reforma de la Directiva, donde se constató la división existente entre los Estados Miembros respecto de los objetivos de la reforma.

¹¹³ Estrasburgo, 16.12.2014 COM (2014) 910 final Anexo 1 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Commission Work Programme 2015 A New Start*.

¹¹⁴ Estrasburgo, 27.10.2015 COM(2015) 610 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones.

Aun así, tras el preceptivo informe de impacto¹¹⁵, la Comisión lanzó su propuesta para la reforma de la Directiva 96/71 el 8 de marzo de 2016¹¹⁶.

El proceso de reforma ha venido marcado desde el inicio por la posición contraria a la propuesta de la Comisión mantenida por catorce Estados Miembros, todos del este de la UE (junto con Dinamarca). Siguiendo el Protocolo n.º 2 de los Tratados¹¹⁷, 14 parlamentos nacionales enviaron dictámenes a la Comisión en los que señalaban que la propuesta de la Comisión relativa a la revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores no se atenía al principio de subsidiariedad y pedían activar el procedimiento de «tarjeta amarilla». La razón fundamental que subyace en su postura, con la excepción de Dinamarca, es la voluntad de mantener la ventaja competitiva que les supone el mantenimiento de estándares laborales inferiores a los de otros países de la UE. Además, este conjunto de Estados miembros ha destacado su preocupación respecto del principio de igual trabajo, por igual salario, en el mismo lugar, que consideran que puede ser incompatible con el mercado interior ya que, en su opinión, los distintos niveles salariales son un elemento legítimo de competitividad para los proveedores de servicios. En el mismo sentido, señalan que los trabajadores desplazados deben mantenerse bajo la norma del país de origen, y que no deben revisarse los vínculos entre los trabajadores desplazados y los sistemas de seguridad social actualmente establecidos¹¹⁸. En sentido contrario, países como Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Holanda y Suecia han manifestado su apoyo a la necesidad de una reforma de la Directiva 96/71 bajo el principio de “misma remuneración, por el mismo trabajo, en el mismo lugar”.

La Comisión concluyó, el 20 de julio de 2016, que la propuesta de revisión específica de la Directiva era conforme con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5, apartado 3, del TUE y que no era necesario retirar o modificar la propuesta¹¹⁹. Como es evidente, la reforma de la Directiva está siguiendo el

¹¹⁵ Documento de trabajo del personal de la Comisión, Evaluación de Impacto, acompañando al documento: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo modificando la Directiva 96/71/EC relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios {COM(2016) 128 final} {SWD(2016) 53 final}.

¹¹⁶ Hay que recordar que la propia Directiva encargaba en su artículo 8 a la Comisión un nuevo examen del texto antes del 16 de diciembre de 2001, pero la revisión de la norma no se ha conseguido hasta el momento

¹¹⁷ Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

¹¹⁸ Entre otras opiniones puede destacarse la expresada por Estados como Letonia, Lituania, Rumanía y Hungría, que han manifestado la oposición más fuerte, con los siguientes argumentos: la propuesta limita significativamente la libertad para prestar servicios, la misma distorsionaría la competencia entre las empresas de manera excesiva, no justificable por la introducción del principio de igualdad en la remuneración; por añadidura, el cambio de “salario mínimo” por “remuneración” no mejora la situación ya que este segundo término es menos claro. Estos Estados han señalado además que la introducción de este término pretende equilibrar de manera artificial la diversidad salarial existente en la UE, que tiene como principal origen el distinto desarrollo económico y es contraria a la división competencial existente. Para un resumen de estas posiciones se remite al documento publicado por la Comisión: «Anexo: Resumen de las opiniones razonadas de los Parlamentos nacionales sobre la propuesta de la Comisión Europea de modificar la ‘Directiva de Desplazamiento de Trabajadores’».

¹¹⁹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos Nacionales relativa a la propuesta de Directiva para la modificación de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, en lo concerniente al principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo n.º 2, COM(2016) 505 final, de 20 julio de 2016.

procedimiento legislativo ordinario (antigua co-decisión), con la participación por tanto del Parlamento y del Consejo. La Comisión responsable de elevar una propuesta al Pleno del Parlamento Europeo es la de Empleo y Asuntos Sociales y la propuesta ha sido realizada por dos eurodiputadas, del Partido Popular Europeo y del Partido de los Socialistas y Demócratas¹²⁰. Tanto el Comité de las Regiones (CdR)¹²¹ como el Comité Económico y Social¹²² han elevado sus opiniones respecto de la propuesta de la Comisión. Por su parte, la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC, por sus siglas en inglés) y sus sindicatos afiliados, han sido desde el principio proclives a la necesidad de una reforma y han rechazado las reticencias de los Estados, aunque sus propuestas han sido mucho más acertadas, para la solución de los problemas reales del desplazamiento de trabajadores, que las de la Comisión. Las dos principales patronales europeas también se han pronunciado sobre la propuesta de la Directiva. Por un lado, la patronal de las pymes se ha dividido entre el rechazo a la reforma y el apoyo a la misma, aunque con discrepancias respecto del contenido concreto propuesto por la Comisión¹²³; por otro, la patronal Business Europe se ha opuesto firmemente a la reforma¹²⁴. La

¹²⁰ Proyecto de informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para la modificación 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 servicios (COM(2016)0128 – C8-0114/2016 – 2016/0070(COD)) Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponentes: Elisabeth Morin-Chartier, Agnes Jongerius

¹²¹ Comité de las Regiones, Dictamen. Revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, 120º Pleno, 7-8 de diciembre de 2016. Entre otras cuestiones el CdR propuso la adición de las siguientes medidas: creación de un fondo de rescate europeo para las situaciones de elusión de responsabilidad empresarial en el marco de prácticas de subcontratación con desplazamiento; creación un registro europeo que imponga en todos los Estados Miembros a las empresas proveedoras la obligación de declarar al trabajador desplazado a más tardar cuando comience la prestación de servicios; organización de un repertorio europeo de profesiones y competencias profesionales a fin de remediar la infravaloración voluntaria de las competencias de los trabajadores y proteger los intereses de los trabajadores sin titulación o certificación

¹²² El Comité Económico y Social (CESE) emitió un Dictamen el 14 de diciembre de 2016, en el que apoyó la necesidad de proceder a la reforma de la directiva sobre desplazamiento, afirmando que “el principio de idéntica remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar es el principal componente del pilar de los derechos sociales en Europa”. El Comité elevó, no obstante, críticas contundentes al procedimiento y al contenido de la propuesta. En cuanto al procedimiento, la crítica fundamental ha sido la no inclusión específica de los agentes sociales, en concreto el CESE subrayó que “no se ha respetado el papel de exclusividad de los interlocutores sociales y se pregunta por qué no se puso en marcha una consulta adecuada de los mismos de conformidad con el artículo 154.2 del TFUE”.

¹²³ Los principales argumentos en contra son los siguientes: la propuesta vulnera el principio de subsidiariedad y no es acorde con el Programa de Mejora de la Legislación; la propuesta provocaría una reducción de los desplazamientos y afectaría negativamente a las pymes, incentivaría el trabajo no declarado y los falsos autónomos, así como el aumento del uso de la libertad de establecimiento frente a la de prestación de servicios; las previsiones de la actual norma respecto los niveles salariales y las condiciones de trabajo son suficientes, el problema es asegurar su cumplimiento, no reformar su contenido; las diferencias salariales no deben vincularse a la competencia desleal sino a las nociones de productividad, competitividad e innovación; la evaluación de impacto no proporciona datos fiables; la reforma impedirá una evaluación adecuada de la Directiva de 2014h. http://www.ueapme.com/IMG/pdf/121220_PP_burdensome_legislations.pdf

¹²⁴ En concreto, esta patronal ha afirmado con rotundidad que la propuesta de la Comisión es un ataque al mercado único, socava la competitividad, obstaculiza el comercio transfronterizo, el crecimiento global y la creación de empleo, e interfiere en los sistemas de fijación del salario de los Estados Miembros. Además señala que las medidas relativas a la subcontratación pueden acabar provocando que las empresas de las cadenas de subcontratación se vean obligadas a pagar los mismos salarios sin importar las diferencias en su productividad y la productividad de los trabajadores individuales. Evidentemente, estas afirmaciones

propuesta más restrictiva en cuanto a derechos laborales es la que está elaborando el Consejo, lo cual evidencia la dificultad política que reviste la cuestión¹²⁵.

Atendiendo a las propuestas planteadas por los diferentes actores señalados, es posible destacar, sin ánimo de exhaustividad, seis aspectos fundamentales de la reforma:

- En primer lugar, la modificación del fundamento jurídico de la Directiva 96/71: la propuesta de la Comisión apuesta por mantener la base jurídica en los artículos 53.1 y 62 del TFUE (libre prestación de servicios); la CES propone en cambio incluir en los considerandos la mención de los artículos 151 y 153 del TFUE. En un sentido similar se enmarca el proyecto de resolución inicial presentado en la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo.

- En segundo lugar, la modificación del art. 2 de la Directiva 96/71 para incorporar la delimitación máxima de la duración temporal del desplazamiento: la Comisión propone diferenciar entre un desplazamiento superior a 24 meses y otro cuya duración sea inferior, fijando el límite de dos años como elemento que indique la habitualidad de la prestación, trayendo el criterio empleado en el Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social¹²⁶; la propuesta inicial de la Comisión de Empleo del Parlamento opta por mantener el límite de 24 meses; el CdR discrepó de la propuesta de la Comisión respecto del plazo máximo, que en su opinión no debería ser mayor a 12 meses, dado que no existe ninguna razón concluyente para adoptar la normativa del Reglamento n.º 883/2004 como punto de partida del plazo aplicable para que la ley del país anfitrión sea plenamente aplicable a la relación laboral de una situación de desplazamiento; el CESE indicó que una limitación a 6 meses de la duración del desplazamiento se acercaría más a la realidad de las empresas; la propuesta de la CES cifra en 6 meses el periodo máximo del desplazamiento, señalando que una vez superado este límite le serán de aplicación al trabajador las condiciones de trabajo del país de destino. Todas estas propuestas están caracterizadas por la voluntad de establecer una línea temporal clara, a partir de la cual el trabajador se entiende incorporado en el mercado laboral del Estado de acogida y por tanto deben aplicársele la totalidad de las normas laborales del mismo. En sentido contrario, la propuesta que se debate en el seno del Consejo va en la línea de evitar que, en cualquier circunstancia, incluso si el desplazamiento es superior a los 24 meses, resulten aplicables la totalidad de las condiciones de trabajo del Estado de acogida. Como es evidente, este implica la

constituyen una declaración clara respecto de la utilización empresarial de los estándares laborales como factor de competitividad, algo que al menos en el plano teórico, la Directiva 96/71 debería evitar. <https://www.businesseurope.eu/publications/revision-posting-workers-directive-businesseurope-position>

¹²⁵ Interinstitutional File 2016/0070 (COD), de 16 de mayo de 2017.

¹²⁶ En concreto, el art. 12.1 del Reglamento 883/2004 señala que “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 quien 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 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”. Aun teniendo en cuenta que la duración habitual del desplazamiento son 4 meses, la propuesta de la Comisión indica que, cuando se prevea que el desplazamiento va a ser superior a 24 meses o lo sea de facto, la norma aplicable de acuerdo con las previsiones del Reglamento Roma I debe ser la del Estado de acogida desde el principio de la prestación, si la misma se concibió como superior al límite señalado, o desde el día siguiente a la llegada de tal límite. El objetivo, según la exposición de motivos de la propuesta, es “crear certidumbre jurídica en la aplicación del Reglamento Roma I sin modificarlo”.

absoluta aplicación del principio de país de origen y el fin de la modulación que efectúa la norma de conflicto materializada que contiene el art. 8 del Reglamento Roma I. No parece por tanto posible que esta propuesta llegue a ser aprobada, pero es interesante a efectos de ilustrar las desavenencias entre la interpretación que dice promover la Comisión de Juncker y la postura de la mayoría del Consejo. Las líneas más relevantes de la propuesta respecto de la duración del desplazamiento son las siguientes:

El desplazamiento es de naturaleza temporal, y el trabajador desplazado normalmente regresa al país de origen tras completar el trabajo para el que se le [...] desplazó. Sin embargo, en vista de la larga duración de ciertos desplazamientos, y en reconocimiento del enlace entre el mercado laboral del país de acogida y los trabajadores desplazados por tan largos períodos, es necesario establecer que, en el caso de desplazamientos que se prolonguen por períodos superiores a 24 meses, los países de acogida deberían asegurar que las empresas que desplazan trabajadores a sus territorios garanticen un conjunto adicional de términos y condiciones que sean de obligada aplicación a los trabajadores en el Estado Miembro donde se realice el trabajo.

Asegurar una mayor protección de los trabajadores es necesario para salvaguardar la libertad de proveer servicios sobre una base justa, tanto a corto como a largo plazo, especialmente mediante la prevención del incumplimiento de los derechos garantizados por los Tratados. Las reglas que aseguran dicha protección de los trabajadores, sin embargo, no pueden afectar al derecho de las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado Miembro a invocar la libertad de proveer servicios en los casos donde el desplazamiento exceda los 24 meses. Cualquier disposición aplicable a los trabajadores desplazados, en el contexto de un desplazamiento que exceda los 24 meses, debe ser, por lo tanto, compatible con esa libertad. Es doctrina legal que las restricciones a la libertad de proveer servicios son [...] admisibles únicamente si se justifican por razones imperiosas de interés público, y si son proporcionadas y necesarias¹²⁷.

La concreción de estos dos considerandos es la siguiente:

«1(-a) Cuando la duración [prevista o] [...] efectiva de un desplazamiento exceda los 24 meses, los Estados Miembros se asegurarán, sea cual sea la ley aplicable a la relación laboral, de que las empresas a las que se refiere el Artículo 1(1) garanticen a los trabajadores desplazados a su territorio, además de los términos y condiciones de

¹²⁷ Puede apreciarse el contraste con la propuesta de la Comisión «En vista de la larga duración de ciertas asignaciones en desplazamiento, es necesario disponer que, en el caso de desplazamientos con una duración mayor a los 24 meses, el Estado Miembro de acogida se considere como el país donde se lleva a cabo el trabajo. De acuerdo con el Reglamento Roma I, la ley de los Estados Miembros de acogida es de aplicación al contrato de trabajo de dichos trabajadores desplazados, si las partes no eligieron otra ley aplicable. En el caso de haberse realizado una elección distinta, esta no puede, sin embargo, tener como resultado despojar al empleado de la protección que le conceden las disposiciones que no puedan derogarse por acuerdo en virtud de la ley del Estado Miembro de acogida. Esto debería ser de aplicación desde el principio de la asignación del desplazamiento, siempre que se prevea su duración por más de 24 meses, y desde el primer día siguiente a los 24 meses, cuando exceda esta duración de manera efectiva. Esta regla no afecta al derecho de las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado Miembro a invocar la libertad de proveer servicios, también en circunstancias donde el desplazamiento exceda los 24 meses. El propósito es, sencillamente, crear seguridad jurídica en la aplicación del Reglamento Roma I a una situación específica, sin modificar el Reglamento en modo alguno. El empleado, en particular, disfrutará de la protección y beneficios de conformidad con el Reglamento Roma I.

empleo a los que se refiere el párrafo 1 de este Artículo, todos los términos y condiciones de empleo que se hayan establecido en el Estado Miembro donde se lleve a cabo el trabajo [...]:

(a) por ley, reglamento o disposición administrativa, y/o

(b) por convenios colectivos o laudo arbitral que se hayan declarado aplicables universalmente dentro del significado del párrafo 8.

El primer párrafo del este apartado no es de aplicación a las siguientes materias:

(a) regímenes complementarios de jubilación profesional; y

(b) los procedimientos, tramitación y condiciones de la firma y terminación del contrato de trabajo.

- En tercer lugar, una de las líneas duras de la reforma es el cambio de la expresión “cuantías de salario mínimo” por “remuneración”¹²⁸: la Comisión propuso la sustitución de la referencia al salario mínimo por la palabra remuneración y la ampliación de la previsión del art. 3.1 respecto de la aplicación de los convenios o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al art. 3.8 a todos los sectores y actividades. El CESE también puntualizó en sus enmiendas la competencia estatal para determinar el contenido del concepto “remuneración”; la CES ha propuesto que el mismo sea definido exclusivamente por la norma nacional y/o la práctica estatal que exista en el territorio a donde es enviado el trabajador. La Comisión de Empleo del Parlamento sigue la propuesta de la CES¹²⁹. La propuesta del Consejo acoge la palabra remuneración¹³⁰ y mantiene la determinación en el ámbito estatal.

- La cuarta cuestión importante es el tratamiento específico de la actividad de las empresas de trabajo temporal; la reforma propuesta ahonda en la cuestión de la interacción entre la norma de desplazamiento y la Directiva 2008/104 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, reemplazando el actual apartado 3.9. En su nueva redacción, este apartado obligará a los Estados Miembros a asegurar que las ETT que desplazan trabajadores a un Estado distinto de su lugar de establecimiento garanticen a sus trabajadores desplazados los mismos derechos que las ETT establecidas en el Estado de acogida. En cuanto a las empresas de trabajo temporal, la CES propone una adición al art. 1.3 c), en la definición de la situación de desplazamiento de trabajadores realizada por estas empresas. A la existencia de una relación de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador se propone sumar el requisito de que el trabajador desarrolle su trabajo en un Estado Miembro que no es el suyo, según el art. 4.3 de la Directiva 2014/67/CE. aplican a sus trabajadores en base al art. 5 de la Directiva 2008/104.

- En quinto y destacado lugar aparece el problema de la delimitación del convenio colectivo aplicable. La propuesta de la Comisión no incluye una modificación

¹²⁸ Debe recordarse que el TJUE ya había dado un giro con la sentencia Sähköalojen, C-396/13, de 12 de febrero de 2015,

¹²⁹ Art. 3.1. apartado 2: “A efectos de la presente Directiva, *el concepto de remuneración vendrá determinado por la legislación y las prácticas nacionales del Estado Miembro a cuyo territorio haya sido desplazado el trabajador*”

¹³⁰ En su considerando 12 (a) la propuesta recoge que: «El concepto de ‘remuneración’ debería incluir, sin quedar limitado a ellos, todos los elementos de las condiciones mínimas de remuneración desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»

del art. 3.8 de la Directiva 96/71, en relación con la determinación del convenio aplicable. En cambio, se trata sin duda del aspecto más relevante de las propuestas de la CES, que, acertadamente sugiere la adición de un nuevo art. 8 (bis) con el siguiente contenido:

“Los Estados Miembros también podrán, si así lo deciden, de acuerdo con su legislación y práctica nacional, basarse en convenios colectivos o decisiones arbitrales que sean, según la definición del Estado Miembro en el que se realice el trabajo, representativos en la empresa, sector geográfico, la profesión o una (parte de) la industria afectada, y establezcan condiciones de trabajo más favorables al trabajador”.

La propuesta también incluye la supresión del segundo párrafo del actual art. 3.10. Además la propuesta incluye otras previsiones como la inclusión de un artículo 8 (bis) que establezca las consecuencias de un uso abusivo o fraudulento de las situaciones de desplazamiento; por ejemplo, en el caso de que no pueda ser identificada una relación de empleo real en el Estado que se determina como país de origen, la normativa aplicable para determinar las condiciones de trabajo será la del país de prestación de los servicios, sin perjuicio de las condiciones más favorables que pudieran existir en el país de origen supuesto. La Confederación apuesta también por incluir diversas previsiones respecto de la lucha contra la competencia desleal, la prohibición de basar la competencia empresarial en los costes laborales, el respeto a la diversidad de los sistemas de relaciones industriales y a los derechos colectivos.

- Respecto de los derechos fundamentales, la propuesta de la Comisión incluye la introducción del siguiente párrafo: “La presente Directiva no afectará al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos a escala nacional y de la Unión”. La propuesta del Consejo en este sentido (Considerando 11.a) queda como sigue:

Esta Directiva no debería afectar, en modo alguno, el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por los Estados Miembros y a nivel de la Unión, incluyendo el derecho a la libertad de huelga o a ejercer otras acciones previstas por los sistemas de relaciones industriales específicos de los Estados Miembros, de acuerdo con la legislación y/o la práctica nacional. Ni debería esta Directiva afectar al derecho de negociar, firmar, y hacer cumplir convenios colectivos, y a realizar acciones colectivas de acuerdo con la legislación y/o la práctica nacional.

- En cuanto al sector del transporte, Consejo, Comisión y Parlamento han coincidido en señalar que las especiales características del sector aconsejan la adopción de una normativa específica. En concreto, el Consejo ha incluido el siguiente considerando¹³¹:

¹³¹ No han faltado las voces que han abogado por una exclusión expresa del sector del transporte del ámbito de aplicación de la Directiva; en este sentido se han presentado diversas enmiendas en el marco del proceso de debate de la reforma en el seno del Parlamento Europeo, por parte tanto del Grupo parlamentario del Partido Popular Europeo como del Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa, entre otros. En esta misma línea se enmarca la Opinión emitida por la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor (15.5.2017) para la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, que afirma que: «Esta Directiva no se aplicará a las empresas de navíos mercantes en lo que se refiere al personal de a bordo, ni a los servicios de transporte tales como tránsito, transporte internacional y cabotaje relacionado».

Debido a la naturaleza de alta movilidad del trabajo en el transporte internacional por carretera, la implementación de la Directiva 96/71/EC levanta cuestiones y dificultades legales particulares, especialmente donde la relación con el Estado Miembro involucrado es insuficiente. Sería más adecuado que esos retos se abordaran mediante legislación específica para el sector, junto con otras iniciativas dirigidas a mejorar el funcionamiento del mercado interno de transporte por carretera.

4.4. La gestión de los desplazamientos de los trabajadores en el plano estatal y la posición de la Comisión Europea: algunos ejemplos de buenas y malas prácticas

En los últimos años, ya sea por la necesidad de ajustar su normativa interna a las exigencias de las libertades de circulación, en especial servicios, ya sea por la necesidad de trasponer la Directiva 2014/67, o incluso con el objetivo expreso de luchar contra el *dumping* social, diversos Estados miembros han adoptado normas orientadas a evitar que se produzcan en su territorio comportamientos empresariales de elusión normativa, fundamentalmente en materia salarial.

En este sentido podemos citar los ejemplos de la legislación de Alemania, Francia y Austria, que serán detallados en próximos apartados (vid, *infra* parte 6). Cabe únicamente señalar aquí que Alemania introdujo el salario mínimo interprofesional de 8,50 € a la hora, aplicable a todos los sectores económicos, incluyendo todas las operaciones de transporte por carretera, el 1 de enero de 2015. La ley también es de aplicación a las empresas de fuera de Alemania que prestan servicios en Alemania. Por su parte, en 2015, Francia adoptó una ley relativa a la aplicación del salario mínimo francés al sector del transporte (Ley Macron); este salario mínimo se aplica al cabotaje y a todas las operaciones de transporte internacional (excepto al tránsito). El reglamento de desarrollo (decreto), se aprobó el 7 de abril de 2016, estableciendo estrictos requisitos administrativos y de puesta en marcha, incluyendo la obligación de establecer un representante en el territorio francés. La ley entró en vigor el 1 de julio de 2016.

Por lo que respecta a Austria, la última normativa de este país orientada al objetivo de evitar la evasión normativa fue la Ley contra el *dumping* social y salarial (LSD-BG). Se publicó en junio de 2016 y entró en vigor el 1 de enero de 2017. Incluye la trasposición de la Directiva de Aplicación (2014/67/UE). La ley incorpora el concepto de responsabilidad del cliente y mejora aspectos de las sanciones de carácter administrativo transfronterizas.

Como veremos en los apartados siguientes, la reacción de la Comisión Europea no se hizo esperar. La Comisión decidió emprender acciones legales contra tres países. Por un lado, la Comisión consideró que la aplicación sistemática de la legislación sobre el salario mínimo por parte de Francia y de Alemania a todas las operaciones de transporte que tocaran sus respectivos territorios restringía, de manera desproporcionada, la libertad de proveer servicios y el libre movimiento de mercancías. Por otro lado, la Comisión Europea inició, en abril de 2017, un procedimiento de infracción contra **Austria** en relación con la aplicación de la «Ley Austriaca para Combatir

el Dumping Social y Salarial» al sector del transporte por carretera. La Comisión considera que esta práctica también restringe desproporcionadamente el mercado interno de la UE.

Dejando para un momento posterior la valoración de este tipo de decisiones de la Comisión, que evidencian la falta de voluntad real de implementar medidas para luchar contra las prácticas de *dumping* social, es importante cerrar el presente apartado retomando la sentencia Silo-Tank de dos de mayo de 2017 del Tribunal de Apelación-Hertogenbosch, Holanda, que ya tratamos parcialmente en el apartado 3.3.

Quedaba por realizar un análisis de la aplicación de la Directiva 96/71 a un supuesto como el referido en la sentencia, en el que unos trabajadores del sector de transporte de mercancías por carretera demandaban que les fuera aplicable la ley holandesa en lugar del ordenamiento jurídico húngaro. Como ya dijimos, los trabajadores residían en Hungría, la empresa que los había contratado era húngara pero los vínculos con otra empresa radicada en Holanda y con el mercado de trabajo de este país parecían innegables. En primer lugar, las dos sentencias, la de primera instancia y la de apelación coincidieron en señalar que el derecho aplicable según las normas del Convenio de Roma (art. 6, aplicable en aquel momento) era el de Hungría.

El siguiente paso del asunto fue la valoración de la aplicabilidad de la Directiva 96/71, esto es, la existencia o no de un desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. El núcleo de la cuestión fue interpretar si los trabajadores demandantes podían encuadrarse en el supuesto de hecho de la directiva, es decir, si eran trabajadores *que llevaban a cabo su trabajo en otro Estado Miembro distinto al que se les había desplazado*. El Tribunal, en una decisión que no puede calificarse sino de sorprendente, consideró no aplicable la Directiva de desplazamiento, y por ende la normativa danesa sobre la cuestión y las disposiciones laborales mínimas que habrían sido de respeto obligatorio si hubiera entrado en juego la Directiva 96/71. Para justificar su decisión el Tribunal señaló que *«solo una pequeña parte de las actividades se llevan a cabo en los Países Bajos»*. *Aunque Szabo et al. comenzasen y terminasen sus viajes en Erp, únicamente conducían por los Países Bajos durante una pequeña parte -en distancia o en tiempo- de sus recorridos. Estos son generalmente viajes internacionales de varios días. En estas circunstancias, no puede sostenerse que la empresa de transportes Silo-Tank, que como ha quedado demostrado, realiza importantes actividades de transporte, desplazase a Szabo et al. (temporalmente) en los Países Bajos. El hecho de que Szabo et al., en el contexto de transporte chárter de Silo-Tank posiblemente recibiera instrucciones de (los responsables de planificación de) Van den Bosch B.V. no va en detrimento de lo anterior.»*

Para llegar a esta conclusión el Tribunal analizó la jurisprudencia recaída respecto de la Directiva 96/71 y en particular los artículos 1.1. y 2.1. de este texto¹³². Lo que el

¹³² Art. 1.1. Esta Directiva será de aplicación hasta el momento en que las empresas mencionadas en el punto 1 asuman una de las siguientes medidas transnacionales: (a) desplazar trabajadores al territorio de un Estado Miembro por su cuenta y bajo su dirección, bajo un contrato firmado entre la empresa que realiza el desplazamiento y la parte a quien van destinados los servicios, que opera en ese Estado Miembro, siempre que haya una relación de empleo entre la empresa que realiza el desplazamiento y el trabajador, durante el período del desplazamiento; o Art. 2.1. A los efectos de esta Directiva, ‘trabajador desplazado’ se refiere a un trabajador que, durante un período limitado, lleva a cabo su trabajo en el territorio de un Estado Miembro distinto al Estado en el que trabaja habitualmente.

tribunal quiere dilucidar es si el texto debe interpretarse de manera literal, es decir, abarcando únicamente a los trabajadores que prestan sus servicios *dentro* del territorio de un Estado Miembro o si también pueden considerarse incluidos los servicios prestados «*en o desde el territorio de un Estado Miembro*».

Para dilucidar la cuestión, el tribunal neerlandés acude a las Conclusiones del Abogado General Wahl¹³³, a lo largo de las cuales se señaló que el objetivo de la Directiva 96/71 era no sólo proteger la libertad de circulación sino también los “mercados nacionales de trabajo”¹³⁴. Con una interpretación manifiestamente errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal de Casación holandés decidió utilizar este objetivo de proteger el mercado nacional en sentido restrictivo, para limitar el ámbito de aplicación de la Directiva. En este sentido, el Tribunal afirmó que no podían entenderse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva las actividades de prestación de servicios que se prestaran “desde el territorio de un Estado” sino que solo quedaban cubiertas aquellas que se realicen “en el territorio” porque únicamente estas representan una inserción del trabajador en el mercado de trabajo del Estado de acogida de la prestación. Evidentemente, según la interpretación del tribunal holandés, en el caso de un transportista internacional no existe esta inserción y, por tanto, no puede conseguirse el objetivo de proteger un determinado “mercado de trabajo nacional”.

Esta interpretación es manifiestamente errónea por varias razones. En primer lugar, porque colisiona con la propia definición del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, que parte de la base de que el trabajador no se integra en el mercado nacional, sino que mantiene, dado el carácter temporal, el vínculo contractual y normativo con el país de origen, matizado por las precisiones de la Directiva. En segundo lugar porque, como hemos señalado, la sentencia confunde y unifica erróneamente los supuestos del artículo 1.1.a) y 1.1.b), es decir, confunde el desplazamiento directo del servicio realizado por la empresa prestadora del mismo hacia otro Estado con el *suministro* de mano de obra, realizado por una empresa dedicada a esta función con actividad transnacional. Evidentemente, en este último caso el propio *suministro* es el objetivo del servicio¹³⁵, pero esto no ocurre

¹³³ Vid. el asunto Sähköalojen ammattiliitto ry vs Elektrobudowa Spółka Akcyjna, de 18 de septiembre de 2014 en C-396/13

¹³⁴ El Tribunal de Casación incorpora la jurisprudencia del asunto Vicoplus, de 11 de febrero de 2011 (asuntos acumulados C-307/09 a 309/09), cometiendo un error en la interpretación. En este asunto se dirimía la cuestión del *suministro* de mano de obra, en el sentido de la letra c) del artículo 1.3 de la Directiva. Así, el Tribunal afirmó que “la contratación de trabajadores, en el sentido del Artículo 1(3)(c) de la Directiva 96/71, es un servicio que se presta contra remuneración, en el cual el trabajador que ha sido contratado continúa siendo empleado de la empresa que provee el servicio, sin que se incurra en un contrato laboral con la empresa usuaria del mismo. Se caracteriza por el hecho de que el movimiento del trabajador al Estado Miembro de acogida constituye el verdadero propósito de la provisión de servicios efectuada por la empresa que provee los servicios, y que el trabajador lleva a cabo sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria». Evidentemente, esta interpretación no puede ampliarse a los apartados a) y b) de la norma.

¹³⁵ Aquí sí que se aplica la jurisprudencia Vicoplus, donde el Tribunal señaló que “La contratación externa de trabajadores, de acuerdo con el significado del Artículo 1(3)(c) de la Directiva 96/71, es un servicio, prestado contra remuneración, en el que el trabajador que ha sido contratado externamente continúa siendo empleado de la empresa proveedora del servicio, sin entablarse ninguna contratación laboral con la empresa usuaria. Se caracteriza por el hecho de que el desplazamiento del trabajador al Estado Miembro de acogida constituye el verdadero propósito de la provisión de servicios efectuada por la empresa que provee los servicios, y que el trabajador lleva a cabo sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria».

en el supuesto de la letra a). Además, debe recordarse que es un lugar común en la jurisprudencia del Tribunal que la protección del mercado de trabajo nacional es un objetivo *inter alia*, ni el único ni el más importante, que permite restringir en determinada medida las libertades de circulación¹³⁶.

Por último, y más importante, debe destacarse que la Directiva 2014/67 incluyó en su artículo 4 una serie de elementos para ayudar a las autoridades competentes a determinar que un trabajador puede no calificar como trabajador desplazado en virtud de la Directiva 96/71/EC, y a identificar si una empresa verdaderamente realiza actividades significativas, distintas de la simple gestión interna y/o actividades administrativas. Entre estos elementos podríamos encontrar: «el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y desde el cual se les desplaza», o el «lugar desde el cual la empresa realiza una actividad comercial significativa y donde emplea personal administrativo».

Con estos elementos todo indica que, efectivamente, los trabajadores de Silo-tank eran desplazados por una empresa húngara a Holanda, desde donde prestaban sus servicios a otros países. El vínculo con el ordenamiento holandés parece evidente, por lo que se les debería aplicar las previsiones de la Directiva 96/71.

¹³⁶ V. Gr. Asunto C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, Asunto C-43/93 *Vander Elst* [1994] ECR I-3803, Asunto C-445/03 *Comisión vs Luxemburgo* [2004] ECR I-10191, Asunto C-244/04 *Comisión vs Alemania* [2006] ECR I-885 y Asunto C-168/04 *Comisión vs Austria* [2006] ECR I-9041

5. El transporte y el *dumping* social: problemas y soluciones para el fraude de ley y la elusión

El sector del transporte transnacional es especialmente ilustrativo del conflicto entre la protección del libre mercado y la de los derechos sociales. Es una industria en la que se practica frecuentemente el abuso o el uso indebido de la legislación de referencia, en una búsqueda constante de la reducción de costes en los servicios. Por esta razón, el sector de transporte por carretera es un paradigma de la necesidad de una disciplina común para los derechos sociales en Europa. Es más, el sector del transporte también afecta a la seguridad vial relativa a la seguridad de terceros, especialmente debido a los altos niveles de tráfico. Por un lado, son de aplicación las disposiciones sobre seguridad, tales como la limitación de la velocidad y carga de los vehículos; por otro, las medidas de seguridad garantizadas por el respeto de los derechos sociales que imponen la armonización de ciertos aspectos del trabajo. De hecho, con la excepción de la legislación sobre el tiempo de trabajo y los descansos, el sistema de transporte por carretera sufre una falta significativa de reglamentación de los derechos sociales¹³⁷.

5.1. La reglamentación del transporte por carretera

Hoy en día, el marco legal del transporte por carretera europeo se basa en el Título VI del TFUE. En una conocida sentencia del 22 de mayo de 1985 (C-13/83, Parlamento vs Consejo), el Tribunal de Justicia ordenó al Consejo que adoptase las disposiciones en las áreas de la libertad para la provisión de servicios de transporte internacionales y de la admisión de los transportistas no residentes al transporte nacional dentro de los Estados Miembros. Hasta entonces, los transportes entre dos Estados Miembros eran posibles, únicamente, mediante acuerdos bilaterales; desde el 1 de enero de 1993, todas las restricciones cuantitativas y las autorizaciones bilaterales quedaron abolidas por el Reglamento nº 881/92, que consolidaba los textos legales existentes sobre los transportes internacionales entre los Estados Miembros y definía el sistema de licencias comunitarias emitidas a los transportistas. Desde entonces, el transporte internacional de mercancías en la Unión Europea está casi liberalizado, ya que el acceso al mercado está únicamente sujeto a disposiciones cualitativas que tienen como propósito la emisión de un permiso comunitario a las empresas de transportes por parte del Estado Miembro donde estén registradas, que debe ser reconocido por todos los demás Estados Miembros (países de acogida). La validez del permiso se ha extendido a todos los países miembros del Espacio Económico Europeo.

A continuación, la Directiva 96/26 estableció tres criterios cualitativos para el acceso a la profesión de transportista: buena reputación, capacidad financiera y actitudes profesionales. Esa Directiva fue derogada por el Reglamento (CE) Nº 1071/2009, que añadió una cuarta condición a las tres mencionadas anteriormente: la de tener una sede estable y en funcionamiento en un Estado Miembro, lo que es muy importante para intentar erradicar a empresas de transportes falsas, establecidas por

¹³⁷ LAZZERONI L., “Imprese di trasporti nei mercati sovranazionali e diritti sociali per una mobilità sostenibile”, en *Lavoro e diritto*, 2017.

conveniencia en Estados Miembros con normas menos protectoras para los trabajadores y sindicatos.

Más tarde, el Reglamento N° 484/2002 estableció un permiso de conducción para todos los ciudadanos de terceros países que llevasen a cabo un servicio de transporte cubierto por un permiso comunitario; ese documento certifica que el conductor está empleado por una empresa de transportes de acuerdo con las normas de formación profesional y empleo aplicables en el Estado Miembro donde realice sus operaciones. Esta medida se estableció con el objetivo de impedir que conductores no registrados trabajasen en condiciones precarias, en detrimento de la competencia y de la seguridad vial.

5.2. El «paquete de la carretera» de 2009

El sector del transporte siempre ha estado muy regulado, tanto en el ámbito europeo como nacional; por ello, uno de los asuntos en los que debemos concentrarnos es en si los problemas del *dumping* social, que están afectando al funcionamiento correcto del mercado, dependen más del contenido de las normas o de su aplicación. En este sentido, las normas más importantes que deben analizarse son las del llamado paquete de la carretera de octubre de 2009, que consiste en tres Reglamentos, el n° 1071/2009, el n° 1072/2009, y el n° 1073/2009, que establecían normas comunes para el transporte internacional de mercancías y cabotaje. El Reglamento (CE) N° 1071/2009 establece las disposiciones que deben cumplir las empresas para acceder a la ocupación de operador de transporte por carretera (pasajeros y mercancías). También establece ciertas disposiciones para regular y permitir la aplicación por parte de los Estados Miembros. El Reglamento (EC) N° 1072/2009 establece las disposiciones que deben cumplir las empresas que pretendan operar en el mercado internacional de transporte por carretera y en mercados nacionales distintos del propio (cabotaje). Incluye disposiciones relativas a los documentos que deben emitirse a tales empresas por parte del Estado Miembro donde tienen su razón social (permiso comunitario), así como a los conductores de terceros países (certificado de conductor).

Los tres Reglamentos, todavía en vigor, tenían como objetivos, *inter alia*, proporcionar una legislación completa sobre el asunto y, ciertamente, hacer más difícil para los emprendedores el establecimiento de una sociedad fantasma. En este sentido, el Reglamento 1071/2009 proporciona normas comunes sobre el acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera, en el interés de la competencia justa.

Este es el motivo por el que la legislación estipula la designación de un gerente de transportes que debe dirigir -de manera permanente y efectiva- las actividades de la empresa, y residir en la UE; el fortalecimiento de los procedimientos para el intercambio de información entre los Estados Miembros en las infracciones cometidas por los transportistas, y la obligación de los Estados Miembros emisores de la licencia de emprender acciones legales contra un transportista que haya cometido una infracción en otro Estado Miembro; finalmente, una definición de la naturaleza temporal de las operaciones de cabotaje.

Más concretamente, sobre el asunto del que tratamos, el Artículo 3(1)(a) del Reg. 1071/2009 determina que el operador de transporte por carretera tendrá una sede efectiva y estable en un Estado Miembro; gozará de buena reputación; tendrá una situación financiera adecuada, y contará con la competencia profesional exigida. Los Estados Miembros pueden decidir, después, imponer requisitos adicionales que serán, por supuesto, proporcionados y no discriminatorios.

La otra norma contenida en el mismo Reglamento, con el objetivo (declarado) de restringir las sociedades fantasmas, es el Art. 5, que elabora una presunción de establecimiento falso para la filial y fija los requisitos mínimos para lo que constituye un 'establecimiento efectivo y estable'. La empresa debe demostrar que tiene, además de una sede legal o administrativa y un centro de operaciones para el movimiento de vehículos, uno o más vehículos registrados o puestos en circulación. En las instalaciones, la empresa debe mantener su contabilidad (gestión financiera y de activos), los impuestos relacionados a la recaudación de impuestos directos e IVA, gestión de personal, datos sobre tiempos de conducción y de descanso, sobre los conductores (hojas de registro cronotacográficas), y documentos de envío. En este sentido, es importante contar con la disponibilidad de un centro de operaciones donde se realice, continuamente y con eficiencia, el mantenimiento de los vehículos; tiene que ser un lugar donde se mantengan documentos sobre el negocio principal de la empresa, con instalaciones y equipos administrativos y técnicos, y contar con autorización y, como ya se ha señalado, con uno o más vehículos (registrados) en ese Estado Miembro.

Debe reconocerse, básicamente, que un vehículo registrado representa un requisito muy pequeño, que puede conducir fácilmente a abusos; sería necesaria su modificación con criterios más estrictos, como «tener la parte sustancial de su actividad de transporte por carretera en ese Estado Miembro», de acuerdo con una de las propuestas de ETF¹³⁸. De cualquier modo, si todas las normas promulgadas para luchar contra el *dumping* social se aplicaran realmente, podrían ser un primer escudo contra los intentos de establecer sociedades fantasmas en el sector del transporte por carretera.

Estas normas establecen una concreción en el campo del transporte de otros estándares normativos que afectan a todas las empresas de todos los sectores productivos de la UE. En particular, vale la pena señalar la disposición general contra las empresas fantasmas que contiene la Directiva de Aplicación 2014/67 (supra Art. 4.2): El Art. 4(2) establece que existe un «establecimiento real» cuando existen elementos factuales tales como: el lugar de registro, administración, espacio de oficinas, licencia profesional, y cuando es el lugar donde se realiza una actividad comercial sustancial, con el número consiguiente de personal (administrativo).

Las pruebas que sugieren la existencia de un intento de eludir las normas de la legislación laboral pueden ser múltiples: por ejemplo, en muchos casos, las empresas fantasmas están registradas en direcciones de personas físicas, no tienen personal, ventas o activos físicos, (no disponen de espacios de estacionamiento, en el caso del transporte por carretera), y habitualmente operan como parte de una pirámide de subcontratación. Así ocurre que una empresa establecida en un Estado Miembro

¹³⁸ ETF, “The European Commission road initiative. What it needs to include to effectively combat social dumping and unfair competition in the EU haulage market”, septiembre 2016.

subcontrata una parte de sus actividades a una empresa establecida en otro Estado Miembro (propiedad del mismo empresario), donde las normas legales y contractuales son mucho más favorables.

No se trata, por supuesto, de un hecho reciente en el sector del transporte por carretera ya que ocurrió también treinta años atrás, cuando España, Grecia y Portugal se incorporaron al mercado europeo. Esta tendencia ha crecido claramente en los últimos quince años, y es una realidad que las grandes empresas de transporte a menudo tienen filiales en los países de Europa del Este, pero, en muchos casos, solo con el objetivo de proporcionar conductores para transporte al extranjero¹³⁹. La parte más reciente de las actividades de subcontratación de los últimos años es la presencia de relaciones contractuales (o incluso laborales) transfronterizas, a veces con estructuras muy complejas, lo que les facilita, en gran medida, eludir los controles, también debido a la deficiente cooperación administrativa internacional.

Otra norma a tener en cuenta en el intento de luchar contra esta tendencia es el Art. 14(2) del Reglamento 987/2009, que establece el procedimiento para la aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de la seguridad social: «Las palabras ‘que normalmente lleve allí a cabo sus actividades’ se referirán a un empleador que normalmente realice actividades sustanciales, además de las actividades puramente de gestión interna, en el territorio del Estado Miembro en el que se halle establecido, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan a las actividades realizadas por la empresa en cuestión. Los criterios relevantes deben ser adecuados a las características de cada empleador y a la naturaleza real de las actividades llevadas a cabo».

Como podemos ver, debería existir una interdependencia funcional clara en las normas que luchan contra las prácticas de empresas fantasmas (Art. 4 Dir. 2014/67, Art. 14(2) del Reglamento 987/2009 y Art. 5 Reg. 1071/09), pero, todavía más claramente, una prueba de que no trabajan juntas como podrían y deberían; una de las razones es la falta de cooperación administrativa entre los Estados Miembros, que es una de las premisas para un buen funcionamiento de las normas (ver siguiente artículo).

5.3. La necesidad de cooperación administrativa en el cabotaje

El cabotaje consiste en la prestación de servicios de transporte dentro de un Estado Miembro por un transportista residente en otro Estado Miembro y ello, sin duda, constituye el caso en el que el problema del abuso y la extensión de los derechos sociales es especialmente relevante y, por tanto, se encuentra explícitamente regulado. El Reglamento Nº 3118/93 autorizó, inicialmente, a las empresas que contaban con un permiso comunitario emitido por un Estado Miembro, a proporcionar servicios de transporte por carretera en otro Estado Miembro de forma temporal. Después del intento de la Comisión de aclarar la naturaleza temporal del cabotaje a través de una comunicación interpretativa (del 26 de enero de 2005), el Artículo 8(2) del Reglamento

¹³⁹ ETUC, “A hunters game. How policy can change to spot and sink letterbox-type practices”, 2016, p. 36.

1073/2009 alcanzó la armonización de las normas en la UE; abandona el concepto de cabotaje general y adopta la fórmula más restrictiva de cabotaje consecutivo (que fija un máximo de tres operaciones autorizadas de cabotaje durante los siete días siguientes a un viaje internacional al país de cabotaje). Por tanto, podemos decir que el transporte internacional por carretera está totalmente liberalizado, mientras que no ocurre lo mismo con el cabotaje.

El considerando 17 del Reglamento 1072/2009 se refiere explícitamente a la Directiva sobre Desplazamiento de Trabajadores para especificar que, durante el cabotaje, son de aplicación las normas de la Directiva: entre otras, las condiciones mínimas de remuneración, la limitación del tiempo de trabajo, las vacaciones mínimas pagadas, la regulación de salud y seguridad de acuerdo con la legislación del país de acogida (ver *supra* apart. 4).

Es fácil comprender que el cabotaje es tanto un problema de normas y, como vamos a ver, de aplicación, lo que significa, especialmente, que existe una falta de aplicación horizontal de las normas, que es fundamental, incluso según lo contenido en el propio Considerando 6 del Reglamento 1072/2009: «*la consecución gradual del mercado único europeo debería conducir a la eliminación de las restricciones de acceso a los mercados domésticos de los Estados Miembros. Sin embargo, esto debería tener en cuenta la efectividad de los controles y la evolución de las condiciones de trabajo en la profesión*».

De hecho, son varias, aunque casi ineficaces, las normas dirigidas a la lucha contra el dumping social contenidas en el Reglamento. Un ejemplo claro de esto último es el Artículo 9 del Reglamento, que introdujo la obligatoriedad del Registro Europeo de Empresas Europeas del Transporte (ERRU, por sus siglas en inglés), encontrándose todavía algunos Estados Miembros en situación de incumplimiento del mismo.

Otro instrumento fundamental en la lucha contra las prácticas de las empresas fantasmas lo constituyen, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento, las inspecciones, tanto en ruta como directamente en las empresas; de hecho, pueden demostrar que una empresa no tiene un establecimiento efectivo y estable en un Estado Miembro y las consecuencias lógicas deberían ser que nos encontramos ante un caso de trabajo no declarado para el conductor, si se encontrase trabajando habitualmente en el país de la empresa matriz y no en la filial, siendo, por ello, un empleado directo de la matriz.

Como resultado, el Artículo 12 del Reglamento requiere que las autoridades de los Estados Miembros monitoricen si las empresas a las que han dado autorización para desempeñar la ocupación de operador de transporte por carretera continúan cumpliendo los requisitos establecidos en el Artículo 3. Los Estados Miembros tienen la obligación de llevar a cabo inspecciones para verificar si una empresa cumple las condiciones que gobiernan la admisión a la ocupación de operador de transporte por carretera, siempre que la Comisión así lo solicite en asuntos debidamente justificados. Informarán a la Comisión de los resultados de tales inspecciones y de las medidas tomadas en el caso de que se compruebe que la empresa ya no cumple los requisitos establecidos en el Reglamento.

En la eventualidad de que en las inspecciones se descubran infracciones graves, especialmente en lo relativo al Artículo 3, la autoridad competente puede exigir a una

empresa cuya autorización se haya suspendido o retirado que se asegure de que sus gerentes de transportes hayan aprobado los exámenes a los que se refiere el Artículo 8(1) previamente a que se inicie cualquier medida de rehabilitación. Si la autoridad competente establece que la empresa ya no satisface uno o más de los requisitos previstos en el Artículo 3, suspenderá o retirará la autorización para desempeñar la ocupación de operador de transporte por carretera.

Naturalmente, el mayor problema que emana de esta clase de legislación es su aplicabilidad, y la falta de capacidad de ejecución transversal para investigar las situaciones de fraude y abuso en el sector. De hecho, la principal razón que está bloqueando el funcionamiento del sistema legal es que la información que proporcionan las inspecciones en ruta tendrían que compartirse y analizarse por todos los organismos competentes del país que dirija la investigación, hasta llegar a la empresa matriz, pero las inspecciones en ruta se llevan a cabo en el Estado de acogida, mientras que las inspecciones en las empresas se realizan en el estado donde se encuentran establecidas, que es, normalmente, el Estado menos interesado en la lucha contra las empresas fantasmas.

5.4. Los conductores internacionales como «trabajadores de alta movilidad»

El Parlamento Europeo, a través de numerosas resoluciones, por un lado, ha promovido la liberalización del mercado y, por el otro, a menudo ha reiterado que tal liberalización debe ir acompañada también por una armonización de los aspectos sociales y de seguridad de los transportes. También por estas razones, el 14 de abril de 2014, la Comisión publicó un informe sobre la «Situación del mercado de transporte por carretera»¹⁴⁰. En su informe, la Comisión anunció la revisión de los Reglamentos 1071/2009 y 1072/2009, bajo el programa REFIT. La revisión debería buscar la simplificación y claridad de las normas, y una mayor apertura del mercado; en particular, de acuerdo con la Comisión, es necesario aclarar los criterios de una implementación estable y efectiva del art. 3 (1) del Reglamento 1071/2009 y el cabotaje del Reglamento 1072/2009. Por último, otro elemento que se ha de modificar concierne a la aplicación de los reglamentos mediante el fortalecimiento de los controles, con la ayuda de los tacógrafos digitales (punto 4.3 del comunicado).

En su resolución del 9 de septiembre de 2015, el Parlamento apeló a la Comisión para que tomase medidas contra las prácticas ilegales que crean competencia desleal y promueven el dumping social, prestando especial atención al fenómeno del falso autoempleo y a la naturaleza móvil específica de los conductores de transportes internacionales.

El principal problema, para decirlo claramente, es que los conductores que trabajan constantemente en el extranjero no pueden ser considerados verdaderamente desplazados, y que son los trabajadores más afectados por el dumping social. Como se

¹⁴⁰ El informe fue solicitado por el Parlamento Europeo en su resolución P7_TA (2011) 0584 de 15 diciembre de 2011

ha mostrado anteriormente, la aplicación de la Directiva de Desplazamiento de Trabajadores se limita al cabotaje; aparte de la aplicación de esta Directiva, es necesario referirse al Reglamento Roma I para el propósito de identificar la legislación que regula el transporte internacional y, con ella, los derechos de los trabajadores (ver *supra* apartado 3).

Sin embargo, también hemos señalado que las sentencias del TJUE¹⁴¹, especialmente del asunto *Koelzsch* y, en parte, del asunto *Voogsgeerd*, mostraban, ambas, que el Tribunal se preocupaba por los problemas del sector del transporte por carretera. Los elementos de *Koelzsch* se podrían haber utilizado para una regulación específica del transporte por carretera (en conexión con la introducción del «tacógrafo inteligente»), porque son especialmente adecuados para los trabajadores de alta movilidad, como los conductores de camiones¹⁴². De hecho, en este sector, el lugar donde «habitualmente lleva a cabo su trabajo» (art. 8.1 de Roma I) es normalmente el lugar «en el cual, o desde el cual» el empleado realiza la mayor parte de sus obligaciones respecto a su empleador (recibe instrucciones, organiza su trabajo...). En este sentido, los posibles ejemplos de que «el lugar en el cual, o desde el cual, el empleado realiza la mayor parte de sus obligaciones» en el sector del transporte por carretera son muchos; por ej., si los conductores estacionan sus camiones en otro país, si tienen la cuenta bancaria donde reciben sus salarios en una nación distinta, o si han firmado sus contratos en un lugar diferente.

La naturaleza específica de la actividad de estos trabajadores es una de las razones por las que se han impulsado proyectos de reforma tanto de la Directiva sobre Desplazamiento de Trabajadores como de la legislación sobre el transporte internacional por carretera. Ya en las primeras versiones de la revisión de la Directiva sobre Desplazamiento de Trabajadores (COM (2016) 128), estaba claro que, «debido a la naturaleza de alta movilidad del trabajo en el transporte internacional por carretera, sería realmente adecuado que estos retos se abordaran a través de una legislación específica para el sector, junto con otras iniciativas de la UE destinadas a mejorar el funcionamiento del mercado interno del transporte por carretera».

De cualquier modo, cualquiera que sea el límite temporal del desplazamiento (existen diversas propuestas que van desde 24 a 6 meses), la duración del desplazamiento no debería utilizarse, bajo ningún concepto, contra el principio del lugar de trabajo habitual, porque podría conducir a malas interpretaciones y abusos, permitiendo a las empresas enviar a los conductores a trabajar desde el extranjero con un regreso al país de origen cada X meses, sosteniendo que esto es desplazamiento y así estos trabajadores nunca estarían en el campo de aplicación de Roma I.

¹⁴¹ ORLANDINI G., Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, en WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 137/2012.

¹⁴² VAN OVERBEEKE F., “Do we need a new conflict of laws rule for labour in the European road transport sector? Yes we do”, en BUELENS J-RIGAUX M. (eds.), “From social competition to social dumping”, Intersentia, 2016, p. 107.

5.5. La vía hacia las reformas del Paquete de carretera y Desplazamiento

Si el objetivo de las empresas que aprovechan el principio de la libertad de establecimiento es la reducción de los costes laborales, es evidente que uno de los elementos de mayor atracción para ellas sigue siendo la que deriva de la Directiva sobre desplazamientos, o sea que en el tema de las contribuciones a la seguridad social rige siempre la ley del país de origen. Este punto es fundamental si se quiere entender por qué las empresas quieren usar la libertad de establecimiento, aun sin tener que violar alguna regla, por el mero hecho de que, incluso con el pago del salario mínimo del país donde se desarrolla la prestación, todos los demás elementos de la retribución, empezando por las cotizaciones a la seguridad social, constituyen un inmenso ahorro. Hasta que esta regla no se modifique, la Directiva sobre desplazamiento seguirá siendo una norma que, antes que luchar en contra del *dumping social*, lo promueve.

Sin embargo, y a pesar de lo anteriormente dicho, buena parte del debate actual no se mueve en el plano de las cotizaciones a la seguridad social sino sobre el tema de la aplicación del salario mínimo del país donde se desarrolla la prestación a los trabajadores desplazados. De hecho, el camino que está llevando a la revisión de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores y de los Reglamentos sobre transportes en carretera pasa por este cauce fundamental.

No se puede esconder que la posición de la Comisión Europea sobre la cuestión resulta un tanto incoherente, si no hipócrita, y algunos ejemplos en el sector del transporte en carretera resultan paradigmáticos.

El 16 de junio de 2016, la Comisión Europea decidió emprender acciones legales contra Francia y Alemania debido a las consecuencias de la aplicación de sus respectivas legislaciones de salarios mínimos al sector del transporte por carretera.

«Antecedentes: La Comisión apoya el principio de un salario mínimo, pues asegura la justicia social y está en línea con el compromiso de política social de esta Comisión. Sin embargo, como Garante de los Tratados, la Comisión debe, también, asegurar que la aplicación de las medidas nacionales es totalmente compatible con la legislación de la UE. Esto incluye la actual directiva sobre desplazamiento de trabajadores ([Directiva 96/71/EC](#)), la Directiva de Aplicación ([Directiva 2014/67/UE](#)) que ha de transponerse en la legislación nacional antes del 18 de junio de 2016, la legislación vigente sobre transportes, y el principio de libertad de provisión de servicios del Tratado, la libre circulación de mercancías, y la consideración del principio de proporcionalidad.

*En 2015, **Francia** aprobó una ley relativa a la aplicación del salario mínimo francés al sector del transporte. El salario mínimo se aplica al cabotaje y a todas las operaciones de transporte internacional (excluyendo el tránsito). La ley de aplicación (décret) se aprobó el 7 de abril de 2016, estableciendo estrictos requisitos administrativos y de aplicación, incluyendo la obligación de establecer un representante en territorio francés, responsable de mantener los expedientes de trabajo y las nóminas de los trabajadores desplazados, a efectos de control, durante los 18 meses siguientes a la fecha de la última situación de desplazamiento. La ley entró en vigor el 1 de julio de 2016.*

*La Ley de Salario Mínimo de **Alemania** entró en vigor el 1 de enero de 2015. La ley también es de aplicación a las empresas de fuera de Alemania que prestan servicios en Alemania. Las empresas de fuera de Alemania, en ciertos sectores, están obligadas a*

enviar notificación a las autoridades de aduanas alemanas a través de formularios específicos. Las multas por el incumplimiento de estas notificaciones pueden llegar a ser de 30.000 €, y de 500.000 € en el caso de que la remuneración pagada no cumpla con la legislación alemana.

El 8 de marzo de 2016, la Comisión propuso una revisión de la [Directiva 96/71/EC](#) sobre el [desplazamiento de trabajadores](#). Adicionalmente, las futuras iniciativas para el transporte por carretera deberían contribuir a una mayor claridad y mejor ejecución de las normas aplicables a los contratos de trabajo del sector del transporte, y pueden abordar los retos específicos que presenta la Directiva sobre Desplazamiento de Trabajadores, en ese sector específico».

En ambos casos, la Comisión considera que la aplicación del salario mínimo a ciertas operaciones de transporte internacional, en las que solo existe una relación marginal con el territorio del Estado Miembro de acogida, no puede justificarse, pues crea barreras administrativas desproporcionadas que impiden el correcto funcionamiento del mercado interior. La Comisión considera que deberían tomarse medidas más proporcionadas para salvaguardar la protección social de los trabajadores y para asegurar una competencia no falseada, al tiempo que se permite el libre movimiento de bienes y servicios».

El 31 de enero de 2017, como respuesta parcial a esta iniciativa de la Comisión, ocho Estados Miembros de Europa Occidental (Francia, Alemania, Italia, Dinamarca, Austria, Luxemburgo, Bélgica, Suecia y Noruega) firman en París una declaración común con el fin de oponerse a una mayor liberalización del mercado del transporte por carretera, a través de la liberalización de las operaciones de cabotaje.

Aun así, tres meses más tarde, la Comisión Europea inició (el 27 de abril de 2017), otro procedimiento de incumplimiento contra Austria, relativo a la aplicación de la «Ley Austriaca para Combatir el *Dumping* Social y Salarial» (en alemán, Lohn-und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz), al sector del transporte por carretera. Una vez más, la Comisión considera que esta práctica restringe desproporcionadamente el mercado interior de la UE.

«A pesar de apoyar totalmente el principio de salarios mínimos nacionales, la Comisión considera que la aplicación de la legislación austriaca a todas las operaciones de transporte internacional con descarga y/o carga en el territorio austriaco restringe la libertad de proveer servicios y la libre circulación de mercancías de manera desproporcionada.

En particular, la aplicación de las medidas austriacas a las operaciones de transporte internacional que no tienen suficiente relación con Austria no puede justificarse desde el punto de vista de la Comisión, pues crea cargas administrativas desproporcionadas que impiden el correcto funcionamiento del mercado interior. La Comisión considera que hay disponibles medidas más proporcionadas para salvaguardar la protección social de los trabajadores y asegurar una competencia justa, al tiempo que se permite el libre movimiento de bienes y servicios».

5.6. La propuesta de un nuevo paquete de la carretera de mayo 2017

En este panorama, especialmente complicado, la Comisión Europea lanza, el 31 de mayo de 2017, tres propuestas de reforma del paquete europeo de movilidad por carretera. El proyecto para revisar la legislación queda dentro del programa REFIT, como se dice explícitamente:

«La propuesta persigue el objetivo de REFIT de aumentar la efectividad y reducir las cargas reglamentarias para los negocios. Esto se lleva a cabo, principalmente, a través de la obligatoriedad de la aceptación de los documentos de transporte electrónicos en el transporte internacional por parte de las autoridades policiales y aduaneras nacionales, y a través de normas más claras, y más armonizadas, de acceso a la profesión. Al tiempo que se espera un aumento de los costes de aplicación para las autoridades públicas, este aumento es de mucha menor magnitud que los ahorros para las empresas, y está, en todo caso, justificado por la mejora de las condiciones competitivas, con menos infracciones de las normas de cabotaje, menor creación de empresas fantasmas, y mejores condiciones laborales para los trabajadores del transporte.»

Por un lado, los párrafos principales -y menos preocupantes- de las propuestas son, en lo que se refiere al asunto de las empresas fantasmas, son los que se refieren a los requisitos para el acceso al mercado interior y los relativos al cabotaje.

Artículo 3 - Requisitos para ejercer la ocupación de operador de transporte por carretera

Se propone la eliminación del apartado 2, que hasta ahora permite la imposición de condiciones adicionales para el acceso a la ocupación, más allá de los cuatro criterios establecidos en el Artículo 3(1). Esta posibilidad ha conducido a divergencias respecto a las condiciones para el acceso a la profesión. Por ello, y porque no existen pruebas de que esta posibilidad sea exigible en virtud de necesidades imperativas, debería abolirse.

Artículo 2 - Definiciones

Se modifica el punto 6 para aclarar que una operación de cabotaje puede incluir varios puntos de carga, varios puntos de entrega, o varios puntos de carga y entrega.

Artículo 8 - Cabotaje - principio general

Se proponen las siguientes enmiendas:

En el párrafo 2, se elimina el número máximo de operaciones de cabotaje que se pueden llevar a cabo en un Estado Miembro a raíz de la llegada de un transporte internacional, al tiempo que se reduce el número máximo de días para llevar a cabo dichas operaciones de cabotaje. En línea con las conclusiones de la Evaluación de Impacto, estas enmiendas facilitarán la aplicación de las normas. En el apartado 3, se suprime el requisito de aportar pruebas de cada operación de cabotaje, ya que, como consecuencia de la enmienda del apartado 2, se convierte en redundante. Un nuevo borrador del apartado 4a especifica que las pruebas de cumplimiento con las restricciones al cabotaje se proporcionarán durante la realización de la inspección en

ruta y, posiblemente, por medios electrónicos, simplificando, de esta forma, los procedimientos, y eliminando la incertidumbre legal relativa al plazo de presentación de las pruebas.

La respuesta de ETF a la propuesta de la Comisión es muy consistente y no precisa de muchas aclaraciones:

«La Comisión Europea propone la exclusión temporal de los conductores profesionales, durante 3 días, del alcance de la Directiva 96/71/EC. La posición de ETF es clara: cualquier exclusión temporal no hará que las reglas sean más claras, más simples de aplicar, ni con mayor fuerza ejecutiva. Esto solo pospondrá, durante 3 días, la aplicación del salario mínimo a los conductores que realicen su trabajo en un territorio de otro Estado Miembro, dejando así la puerta abierta a los abusos, las distorsiones, y la competencia desleal basada en los diferenciales de los costes laborales. Las medidas de aplicación propuestas por la Comisión Europea, relativas a esta solución de desplazamiento, son ineficaces, comparadas con las soluciones sencillas y efectivas propuestas por ETF, entre las que se encuentran el equipamiento de todos los vehículos que se dedican al transporte internacional con un tacógrafo ‘inteligente’».

«En lo que respecta al cabotaje: ¡es inútil cambiar las normas sin introducir medidas más drásticas para su ejecución! Y esto es, precisamente, lo que la Comisión Europea hace y, respectivamente, no hace: proponer una nueva definición de cabotaje sin mayores medidas de ejecución, ni más estrictas. El problema con las normas actuales de cabotaje es el llamado cabotaje ‘en cadena’, esencialmente la práctica por la cual los transportistas llevan a cabo viajes internacionales repetitivos (con cargas tales como palés, etc.), para así calificar para tantos ‘slots’ de cabotaje como les sea posible».

Por el contrario, si la Comisión verdaderamente hubiese querido emprender acciones legales contra el dumping social en el sector, podría haber propuesto algunas medidas fáciles y efectivas, como, por ejemplo, hacer directamente responsables a los contratistas de los salarios y otras condiciones laborales. Se podrían haber tomado en cuenta otras propuestas concretas procedentes de ETF: la introducción de un período de espera para los vehículos dedicados al cabotaje, que habrían tenido el efecto de que un vehículo no pudiera entrar en el Estado Miembro durante un período mínimo de una semana, o el deber de una notificación previa obligatoria para la operación de cabotaje¹⁴³.

Por otro lado, la parte del proyecto destinada a luchar contra los problemas sociales que la legislación actual está provocando no parece suficiente para luchar realmente contra las prácticas de las sociedades fantasmas, porque parecen únicamente revisiones formales, sin posibilidad práctica de una mejor y más eficiente aplicación de las normas.

La Comisión, para aumentar la transparencia y apuntar al propietario real de las empresas, podría haber tomado también en cuenta la legislación de varios países que

¹⁴³ ETF, “The European Commission road initiative. What it needs to include to effectively combat social dumping and unfair competition in the EU haulage market”, septiembre 2016.

tienen algunos requisitos mínimos de cierta entidad para las empresas que pretenden establecerse en sus territorios; de hecho, algunas leyes nacionales determinan la existencia legal de una empresa según la ubicación de su oficina administrativa real (teoría de la sede auténtica).

Artículo 5 - Condiciones relativas al requisito de establecimiento

Se propone aclarar los términos del Artículo 5 para asegurar que los establecimientos establecidos en un Estado Miembro tienen una actividad real y continuada allí. En detalle, se propone lo siguiente: en el punto (a), se añade una referencia a los contratos comerciales y laborales que, como consecuencia, también deben mantenerse en las dependencias situadas en el Estado Miembro de establecimiento; el punto (c) se divide en los puntos (c) y (d), para distinguir mejor entre la realización de actividades administrativas y comerciales, y las operaciones relacionadas con los vehículos; el punto (e) se añade para exigir a las empresas que mantengan activos y empleen personal en el Estado Miembro de establecimiento, en proporción a la actividad del establecimiento.

Artículo 18 - Cooperación administrativa entre los Estados Miembros

Se propone que se especifiquen más ampliamente los términos de la cooperación entre los Estados Miembros. En particular, se propone la fijación de un período de tiempo máximo para que los Estados Miembros respondan a las solicitudes razonadas de otros Estados Miembros, y una obligación para los Estados Miembros de llevar a cabo inspecciones relativas al incumplimiento de los criterios de establecimiento por las empresas establecidas en sus territorios, sobre la base de las pruebas aportadas por otros Estados Miembros.

En conclusión, la Comisión Europea no parece dispuesta a poner fin al *dumping* social en el sector del transporte por carretera; es más, la exclusión de la aplicación de la Directiva sobre Desplazamiento de Trabajadores durante los tres primeros días que se encuentran en el extranjero parece aumentar los riesgos, desde el punto de vista del deterioro de las condiciones de trabajo y, por consiguiente, de la seguridad en la carretera.

6. Una competencia a la baja basada en las condiciones de trabajo: algunos ejemplos de elusión y evasión en el sector del transporte

6.1 El asunto de la República Eslovaca

El caso de Eslovaquia constituye un perfecto ejemplo de las razones que están detrás de las decisiones empresariales de trasladarse hacia los Estados Miembros con

reglas laborales menos tuitivas, aun no siendo uno de los países con el nivel más bajo de salarios mínimos en la Unión Europea, ni con la legislación laboral menos favorable a los trabajadores, puesto que no son ya estos los motivos que empujan a las empresas hacia un territorio u otro.

La pérdida de centralidad del Estado en la disciplina de las relaciones laborales¹⁴⁴ ha llevado consigo una revalorización de la empresa como lugar autónomo de creación de reglas¹⁴⁵ y como espacio virtual, exento de cualquier control por parte de los Estados, debido al desarrollo de su dimensión transnacional. De esta forma, algunas empresas se han transformado en gigantes que han ocupado una posición dominante en el espacio global¹⁴⁶ y se mueven hacia territorios en que los derechos de los trabajadores están menos garantizados, con el constante chantaje de trasladarse a otros países si no se aceptan las condiciones laborales impuestas.

En esta situación, el Derecho del trabajo ha cobrado un protagonismo inesperado, y posiblemente inmerecido, al menos en dos sentidos: por un lado, se le considera el principal culpable de las dificultades que encuentran los sistemas económicos a causa de la protección que se garantiza a los trabajadores y, por otro, como consecuencia de lo primero, parece ser la única solución posible a estas dificultades a través de una reforma a la baja de sus garantías. La tensión entre una filosofía clásica del Derecho del trabajo con fines de protección de los sujetos más débiles y otra con fines «ocupacionales», que podríamos llamar Derecho del empleo, es cada día más evidente. Esta última opción, además de partir de la dudosa premisa relativa a la influencia de la ley sobre las dinámicas ocupacionales del modelo económico, ha producido profundas heridas sociales, obligando a todo el mundo a enfrentarse a los temas impuestos por “los mercados”, que están cargando el derecho del trabajo de responsabilidades ajenas a su tradición y, seguramente, superiores a las que puede soportar con sus fuerzas limitadas.

Sin embargo, el debate existente entre las normas laborales, la fragmentación de las organizaciones productivas, y la acentuación de las desigualdades entre los trabajadores por cuenta ajena, es innegable, y es muy probable que esta tendencia haya recibido también un fuerte impulso por parte del marco normativo vigente en cada país.

Según las informaciones recibidas en nuestra visita a los sindicatos, a los empresarios y a la inspección de trabajo de Bratislava, no habría muchas dificultades normativas ni administrativas en el caso que una empresa quiera ejercer su libertad de establecimiento y trasladarse a la República de Eslovaquia: una vez pagados los impuestos correspondientes a la inscripción de la empresa en la sección correspondiente de la Cámara de Comercio, el proceso resulta ser bastante sencillo. Por esto, en los últimos años, se ha visto un considerable aumento de las inversiones extranjeras en el Eslovaquia; de hecho, según los datos Eurostat de mayo 2017, la tasa de desempleo del país se calcula en un 8,1%, pero el mercado de trabajo sigue siendo un mercado fundamentalmente precario. La precariedad no consiste en el abuso de

¹⁴⁴ D'ANTONA, M., “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?”, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, 1998, p. 319.

¹⁴⁵ BAYLOS GRAU, A., “Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y proyecto”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1999, n. 15, p. 23.

¹⁴⁶ REVELLI, M., *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997, p. 72.

contratos de trabajo temporales o “flexibles”, sino en la propia regulación de la relación laboral (en especial del despido), en los datos económicos de los salarios, y en las dificultades que encuentran los sindicatos para organizar sus actividades en el país y en las empresas.

Empezando con este último elemento, extremadamente importante y muchas veces infravalorado, según los datos de las mayores confederaciones sindicales, solamente alrededor del 15 % de los trabajadores están suscritos a una organización sindical y la cobertura del convenio colectivo no supera el 25 % de la fuerza de trabajo. Esto se debe también a una escasa tradición sindical en la organización y promoción de los comités de empresas, que representan un número muy limitado (alrededor de 30) si lo comparamos con el número de empresas.

Según la legislación eslovaca, en el caso en que exista un convenio colectivo, este se considera jurídicamente vinculante *erga omnes*; la relación entre el convenio estatal y uno de empresa sigue el principio del *favor prestatoris*, con lo cual el convenio de empresa puede modificar un convenio jerárquicamente superior solamente mejorándolo en las condiciones y nunca *in pejus*.

Sin embargo, justo en el sector que es objeto de la investigación en este trabajo, el sindicato eslovaco encuentra especiales dificultades; de hecho, no existe una federación sindical que organice a los trabajadores del transporte privado y, consecuentemente, no existe un convenio colectivo, ni sectorial ni de empresa, en el transporte por carretera.

En este caso, a la relación laboral de los trabajadores de empresas privadas de transporte por carretera simplemente se le aplica el código de trabajo y el salario mínimo fijado por la ley que, en 2017, es de 435 euros mensuales. Los salarios reales en el sector no superan los 900 euros al mes y las condiciones laborales, sobre todo el horario, pueden ser muy duras; por esto, Eslovaquia encuentra cierta dificultad en tener el número de conductores (también de autobuses) suficiente para el elevado número de empresas que se han creado en el transporte por carretera. De hecho, los empresarios desde hace tiempo están dirigiendo su mirada hacia los trabajadores de países exteriores a la UE que están más cercanos, como Serbia y Ucrania, lo cual determina otros problemas jurídicos y de *dumping* social.

Como se puede ver claramente, la situación laboral de estos trabajadores resulta ser realmente precaria, a pesar de que su contrato de trabajo sea, normalmente, un contrato indefinido. De hecho, en caso de un despido declarado improcedente por los Tribunales, el juez normalmente fijará una sanción económica que puede llegar como máximo a 12 meses de salario, con independencia de la antigüedad del trabajador.

Este último punto, junto con la escasa presencia de los sindicatos, sobre todo en algunos sectores productivos, es especialmente grave, y conduce hacia una fuerte precarización de las relaciones laborales. Para entender la relevancia de la estabilidad en los centros de trabajo modernos es suficiente mirar a las consecuencias prácticas de su presencia¹⁴⁷: en los países y en las empresas donde está más garantizado el derecho a un trabajo estable, nos encontramos tradicionalmente con una mayor efectividad de la protección de los trabajadores, porque tienen fuerza y libertad para reclamar sus

¹⁴⁷ MAZZOTTA, O., “La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche di stabilità”, en *Lavoro e Diritto*, 2007, p. 545.

derechos; además, como consecuencia casi natural de aquello, estos lugares se han caracterizado por una más genuina, elevada y estructurada presencia de las organizaciones sindicales en las empresas y en la toma de decisiones económicas de los gobiernos. Si nos ponemos a mirar el trabajo moderno desde esta perspectiva, resulta difícil distinguir entre el derecho a la estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo, porque el estilo de vida de quien tiene un puesto precario se parece mucho al de quien no tiene trabajo de ningún tipo.

6.2. Las consecuencias de la economía del trabajo esporádico en el sector del transporte: el asunto Flixbus

El trabajo a través de plataformas digitales constituye desde hace tiempo una realidad a la que hay que hacer frente en todos los sectores productivos, y el del transporte no es ninguna excepción; es más, el caso de Uber ha tenido tanta relevancia que en el léxico jurídico moderno se está hablando del riesgo de una “uberización” del Derecho del trabajo.

Si es verdad que todos los trabajadores que tienen relaciones “contractuales” en la economía del trabajo esporádico (*gig economy*) tienen algo en común, por otra parte hay que reconocer que las diferencias son mayores que las similitudes. En todo caso, no se puede esconder que el principio que todos comparten es el uso de las personas como servicio, implícitamente desmintiendo el principio fundamental de la Declaración de Filadelfia, integrada como anexo a la constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1944, según el cual “el trabajo no es una mercancía”.

De hecho, la posibilidad de trabajar a través de aplicaciones digitales ha hecho realidad el sueño de todo empresario, o sea tener el trabajador a su disposición exactamente en el momento que él lo necesita y quitárselo de encima en cuanto ha terminado la prestación laboral, el llamado «justo a tiempo» (*just in time*).

Este sueño empresarial tiene, sin embargo, que enfrentarse con las reglas del Derecho del trabajo que se tienen que seguir aplicando sea cual sea la modalidad técnica que crea la relación contractual con el trabajador; por lo tanto, el hecho de que la relación jurídica encuentre su elemento técnico en una plataforma digital no impide que el juez pueda modificar la naturaleza jurídica de la relación, por ej. de trabajador autónomo a trabajador por cuenta ajena o de trabajador de la empresa X a trabajador de la empresa Y.

Todo esto a pesar de los términos que se suelen usar en este mundo de las empresas digitales que, aparentemente, parecen rechazar los clásicos términos jurídicos del derecho del trabajo dependiente a cambio de un léxico más accesible (*friendly*) y paritario, que no hace más que esconder el verdadero vínculo contractual que está en la base de la relación de dependencia. Por estas razones, no se suele decir que se “trabaja para” sino que se “trabaja con” la empresa X; no se habla de “despido” sino de

“terminación” de la relación; no se hacen “turnos” sino que hay que tener “disponibilidad”; no reciben “salarios” sino “honorarios”¹⁴⁸.

Los riesgos para los trabajadores son más que evidentes: una fácil elusión de los salarios mínimos basándose en una supuesta autonomía de la relación laboral; la posibilidad de modificación unilateral de las condiciones de trabajo con cláusulas que llegan por Internet y que no puedes menos que aceptar si quieres mantener la posibilidad de seguir trabajando; un poder de control a través de instrumentos digitales cada vez más amplio y sin los límites clásicos (de procedimiento y materiales) que las leyes han puesto en las manos del empresario; despidos abusivos o discriminatorios escondidos detrás de una mera desactivación del usuario de la plataforma; ninguna garantía de los derechos sindicales (libertad sindical, negociación colectiva y derecho de huelga) y, quizás el más peligroso, la absoluta falta de claridad en la relación de empleo, incluida la identidad real del empresario.

a) Transporte internacional de pasajeros en autocar.

La liberalización del mercado, para el transporte de pasajeros, se está produciendo más lentamente que para el de mercancías. Al principio, el Reglamento 684/92 autorizaba, a cualquier empresa de transportes establecida en la Unión Europea, a llevar a cabo servicios de transporte, regulares u ocasionales, entre los Estados Miembros. Ese reglamento fue finalmente modificado por el Reglamento Nº 11/98, que introdujo un permiso comunitario emitido por las autoridades competentes del Estado Miembro de establecimiento para las empresas de transporte de viajeros en autocar.

El Reglamento 1073/2009 modificó este marco normativo, al establecer normas comunes para el acceso al mercado internacional de servicios de autocar para pasajeros. Específicamente, establece las condiciones para la emisión y revocación de los permisos y su duración. Se permite también el cabotaje de pasajeros, como en el caso del transporte de mercancías, pero solo si el cabotaje no constituye el principal motivo del transporte; debe ser, por ello, consecutivo a un servicio regular internacional.

En este panorama reglamentario, apareció en escena, hace unos años, la empresa FlixBus, que deseaba aprovechar la liberalización en las líneas de autocares de media y larga distancia. Desde el inicio de su actividad, de acuerdo con los datos publicados en la página web de la propia empresa, FlixBus ha tenido más de 60 millones de pasajeros, conectando 1000 destinos en 20 países, con unas 100.000 conexiones diarias.

¿Cuáles son las principales causas de su éxito? Uno de los puntos primordiales quizá sea que los fundadores, a pesar de no tener ninguna experiencia sobre autocares, tenían un buen conocimiento del comercio electrónico y de la economía digital y, por encima de todo, se habían dado cuenta de que la liberalización en el sector de los autocares de medio y largo recorrido abriría un nuevo mercado. Y así decidieron unir los dos mundos: el del autocar y el digital.

¹⁴⁸ DE STEFANO V., “The rise of the just in time workforce: on demand work, crowdwork, and labor protection in the gig economy”, en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2016, p. 477.

b) La fórmula FlixBus

FlixBus funciona con un modelo diferente al de la mayoría de las empresas de transporte de pasajeros en carretera: se trata de una empresa que no es propietaria de autobuses, sino que se apoya en empresas de transportes locales, ocupándose de la logística, de las reservas y de la comercialización. Un planteamiento que ha demostrado tener un éxito considerable, ya que en pocos años ha permitido a la empresa alemana estar entre las principales de Europa, y adquirir bienes y activos de una de sus competidoras en Europa continental, la angloamericana Megabus.

Como ya se ha dicho, FlixBus opera junto a empresas de transportes ya existentes y la “ligereza” de su organización le permite cambiar de planteamiento según el país en el que se instale, prefiriendo en algunos casos apoyarse en unas pocas grandes empresas y, en otros, en numerosas empresas de menores dimensiones. Lo que cambia poco, sin embargo, es el modo de dividir las ganancias, puesto que FlixBus usa un modelo contractual que, con algunas pequeñas diferencias, se aplica en todos los países: así que, normalmente, los beneficios se dividen en un 70 % para la empresa de transporte, y el restante 30 % para FlixBus que, sin embargo, garantiza a la empresa un mínimo de 0,65 euros por kilómetro.

Esta división de los resultados se basa en una división de las tareas en la que FlixBus se ocupa de pedir las autorizaciones (como empresa matriz), de organizar los horarios y elegir las rutas (incluido el derecho a su modificación de forma unilateral), de decidir los precios de los billetes y de todo lo que forma parte de las políticas de comercialización y venta.

Basándose en esta separación de funciones, FlixBus ejerce una especie de doble poder de control, bien sobre las empresas que forman parte de la red, o bien sobre los trabajadores de la misma empresa, lo cual provoca no pocos problemas sistemáticos, puesto que el Derecho del trabajo sólo permite que sea el empresario quien ejerza el poder sobre sus trabajadores.

Sobre las empresas de la red, FlixBus impone unos estándares de calidad (FlixBus Quality) de los autocares, que tienen que caracterizarse por ciertos elementos: todos tienen el mismo “uniforme verde”, Wi-Fi gratuito, aseo, aire acondicionado y, al menos, 74 centímetros de espacio entre los asientos. Además, la empresa matriz de la red tiene el derecho de controlar la programación operativa de los horarios y, consecuentemente, de los conductores (incluidos los tiempos y las pausas), manteniendo el derecho a supervisar la programación de los turnos. Estas, evidentemente, son todas características típicas de un empresario frente a sus trabajadores, con lo que cuando menos pone en duda que FlixBus mantenga relaciones contractuales solamente con las empresas y no con los trabajadores. Por otra parte, todas estas tareas que desarrolla FlixBus en la relación con las empresas hacen discutible, también, como se verá más adelante, que la empresa alemana no sea una empresa de transportes.

Otros elementos que enturbian la supuesta calificación jurídica del modelo FlixBus derivan directamente de algunas cláusulas del contrato que suele estipular con las empresas de transportes y, en especial, las cláusulas de exclusividad y el deber de solidaridad. Las primeras obligan a las empresas de la red a no participar activamente en el mercado fuera de la “colaboración con” FlixBus, incluyendo cualquier tipo de apoyo a otras compañías; en cambio, con el término “deber de solidaridad” se entiende

la obligación de ayudar a las empresas de la red que se encuentren en una situación de dificultad.

Por lo que afecta, en cambio, a la relación entre FlixBus y los trabajadores de las empresas de la red, en el contrato aparecen algunos elementos que llegan a tener incidencia en las políticas de empleo de las mismas empresas, y otros que se refieren claramente a tareas adicionales para los conductores, más allá de su obligación de transportar a los pasajeros.

El perfil del conductor de un vehículo de FlixBus exige contar con una “apariencia apropiada”, lo cual implica la obligación de no fumar delante de los pasajeros, vestir el uniforme proporcionado por FlixBus, y hablar, con fluidez, el idioma correspondiente (sic).

A todo esto se añaden algunas tareas adicionales; a saber: ser amable con los clientes, lo cual incluye ayudar a cargar y descargar las maletas del autocar, la implementación de las campañas publicitarias de FlixBus, y la venta de aperitivos, bebidas y billetes.

Finalmente, FlixBus tiene el derecho de controlar el respeto de los horarios tal y como estén previstos en la programación fijada por la empresa matriz, lo cual tiene como efecto directo hacia los conductores que estos están sujetos a un doble poder de control: el de su empresa y el de FlixBus.

6.3 Algunas propuestas sobre cómo tratar con las empresas digitales del transporte

Parece evidente, incluso al primer vistazo, que el caso de FlixBus plantea unos problemas de *dumping* social que se asemejan, con las debidas diferencias, a los que ha planteado Uber. Es más, cabría preguntarse qué nos puede enseñar el caso de Uber y cuáles son los elementos que pueden resultar útiles para interpretar correctamente el modelo de FlixBus.

El elemento más evidente que tienen en común es que ambas empresas pertenecen al sector del transporte de pasajeros, ambas con una posición de liderazgo en el mercado, y ninguna de las dos es técnica ni jurídicamente considerada una empresa de transporte de pasajeros, con lo cual no se les aplican las reglas del sector, determinando claros efectos de *dumping* social frente a las demás empresas. Es bien sabido que Uber está en el mercado como proveedor de servicios de transporte y que los conductores no son pequeños empresarios, porque ellos pueden hacer crecer sus negocios solamente pasando más horas al volante.

Además de las movilizaciones que se han creado en todo el mundo, la cuestión se ha puesto ya en varias ocasiones delante de los tribunales, con algunos resultados interesantes. Es ya bien conocido el caso de un Tribunal de Londres que ha reconocido que dos conductores tenían que ser considerados dependientes de Uber, según la ley del Reino Unido: se trata del famoso caso *Aslam and Farrar vs Uber* del 28 de octubre

de 2016¹⁴⁹. Las razones que están detrás de la decisión de los jueces londinenses se pueden resumir en el hecho de que Uber decide las tarifas (y el conductor no puede cambiarlas), impone muchas condiciones, incluidas las rutas, y el sistema de clasificación se puede hacer remontar a los poderes de dirección y disciplinario.

Como se puede ver claramente, no faltan los elementos en común con FlixBus. También por esta razón hay que esperar con interés la sentencia del TJUE sobre el caso Uber (Causa C434-15) para ver si algunos de los principios contenidos en la sentencia pueden ayudar en la interpretación del sistema de FlixBus.

Mientras tanto, ya resultan extremadamente interesantes las conclusiones del Fiscal General Szpunar del 11 de mayo de 2017¹⁵⁰ sobre la cuestión: el planteamiento del Fiscal General tiene como elemento más interesante que Uber no es una empresa tecnológica y, por lo tanto, no se le aplica la libertad de prestación de servicios de aquel sector. Según el Fiscal General, estamos claramente delante de una empresa de transportes, como lo demuestra el hecho de que su negocio no sería viable sin coches y conductores: además, los usuarios de Uber compran viajes, no compran *software*.

Por último, las instrucciones detalladas que reciben los conductores, junto a los comentarios y clasificación que pueden llevar hasta el punto de la “terminación” de la relación contractual, lo cual hace pensar inmediatamente en el ejercicio de los poderes típicos del empresario: de dirección, de control y, eventualmente, disciplinario.

Todo esto se podría, posiblemente, extender a FlixBus en muchas ocasiones, con la diferencia que la empresa alemana tiene su relación contractual con otras empresas (pequeñas o grandes) en una red de empresas en la que es la empresa matriz; en cambio, Uber se relaciona directamente con trabajadores individuales, supuestamente autónomos.

En todo caso, FlixBus se está volviendo un caso de estudio también desde el punto de vista jurídico, precisamente por su peculiar modelo de organización. De especial modo, en Italia, país en el que los autobuses de FlixBus están teniendo un notable éxito, se está produciendo una singular cuestión político-jurídica que podría llevar a la exclusión de la empresa de la posibilidad de operar en el país.

Todo empieza el 14 de febrero de 2017 cuando, en una enmienda a un artículo de la ley n. 19/2017 se cambia una regla que obligaría a FlixBus a cambiar completamente su modelo organizativo: la enmienda establece que solamente los grupos (o las redes) de empresas cuya empresa matriz tiene el transporte de pasajeros como actividad principal pueden ser autorizados a operar en rutas inter-regionales. Esta regla tiene dos posibles efectos: o FlixBus decide no operar más en el país o cambia su modelo de organización, comprando directamente los autobuses, y contratando conductores y personal técnico y administrativo. Ahora, si la regla no se cambia (como se está sugiriendo dentro del propio gobierno que ha redactado la enmienda), FlixBus tiene hasta octubre de 2017 para adecuarse a la normativa.

¹⁴⁹ La sentencia se puede leer en <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>

¹⁵⁰ Se pueden leer en http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=IT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=190593&occ=first&dir=&cid=543152

Resulta, por lo tanto, evidente que uno de los elementos claves que pueden permitir desenmascarar empresas que utilizan las reglas existentes para hacer dumping social es exactamente el elemento más banal: reconocer que estas empresas operan en el sector del transporte y, consecuentemente, además de tener trabajadores por cuenta ajena, les son íntegramente aplicables las reglas europeas y nacionales del sector.