

GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco
Profesora Asociada Derecho del Trabajo. UPV/EHU

1.- LA ECONOMIA GLOBALIZADA

Aunque su conceptualización se haya calificado incluso de tarea imposible, la globalización o mundialización puede ser definida, siguiendo a un buen número de autores, como la extensión por todo el globo – mundo – de determinados procesos y fenómenos económicos, políticos y culturales, una vez alcanzada cierta infraestructura tecnológica que lo permite – mayor capacidad productiva y mundialización del transporte, la información y las comunicaciones –.

Si bien con la intensidad actual se trata de un fenómeno nuevo en la historia, existen algunos precedentes en la misma línea de vocación del capitalismo a desenvolverse a escala global. Así, a finales del siglo XV y principios del XVI nació la que recientemente se ha denominado *economía – mundo europea*, que consistía en un sistema social novedoso, en una entidad económica pero no política, en el que el vínculo básico entre las par-

tes era el sistema económico. Iniciado el proceso de industrialización, se percibió también con claridad la existencia de una tendencia a un mercado global de mercancías y la necesidad de una base mundial para la acumulación de capital. Tras la Segunda Guerra Mundial, iniciado el gran crecimiento económico, éste se sustentó inicialmente en el mercado interior, hasta que, hacia mediados de los años setenta, comenzó el fenómeno de globalización al irse internacionalizando progresivamente la economía y eliminando los controles restrictivos de los movimientos de mercancías y capitales.

Pese a la multidimensionalidad del fenómeno y de su gran complejidad, además de su vinculación a procesos varios relativos a la evolución de instituciones como la familia, el Estado-nación, la unión de culturas..., lo cierto es que es en su dimensión económica en la que se acostumbra a centrar la atención por parte de la mayor parte de los estudiosos. Incluso el Diccionario de la Real Academia Española la define como *“tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”*.

Pero también dentro del propio terreno económico rige esa misma multidimensionalidad, en cuanto a que también la globalización económica tiene múltiples aristas, tales como el desarrollo del capitalismo financiero; la apertura de los mercados nacionales y supranacionales; las nuevas relaciones laborales, productivas y de consumo; un cambio de criterio en la relevancia de las mercancías, situando en lugar secundario los materiales o los productos primarios en relación con las manufacturas, primero, y los servicios varios después; la mundialización de la producción y, sobre todo, de la demanda... Pero, en definitiva, la globalización económica es un proceso por el que se pretende eliminar las barreras físicas y reglamentarias que entorpecen la libre circulación de mercancías, capitales y servicios y la propia reproducción del capital. La liberalización económica que el capital precisa para moverse y crecer va a favorecer la creación de un mercado global para el que progresivamente se van reduciendo o eliminando las trabas preexistentes, de modo que las empresas multinacionales, las mercancías varias y el capital van a trascender las fronteras nacionales y las relaciones entre estados y van a hacer surgir ámbitos transnacionales de relación.

Este fenómeno económico va a producir asimismo efectos en otras esferas de la vida y de la relación social, dado que la extensión de los mercados y, con ella, la de la demanda, la producción y el capital van a alterar de manera notable determinados componentes sociales. No es posible actuar sobre uno de estos factores sin producir un grave desequilibrio en los otros; notablemente, es evidente y acreditado que ello obliga a hacer actuar al mismo tiempo todas esas coordenadas, en aras de evitar alteraciones importantes de los niveles de cohesión existentes, cualesquiera que éstos sean. Y ello, porque el modelo eco-

nómico globalizado presenta algunos importantes riesgos o puntos de debilidad, fundamentalmente, problemas de sostenibilidad por la dificultad de universalizar los patrones de producción y consumo propios de los países más desarrollados; problemas de cohesión social por la extrema dificultad de controlar las consecuencias derivadas de los cada vez más importantes procesos de desigualdad y exclusión y el mantenimiento y aumento de la pobreza; tensiones migratorias; desregulación pública de condiciones de vida y trabajo con aumento proporcional de la regulación privada y del mercado.

En efecto, el desarrollo de ciertos parámetros económicos como los apuntados van a tener como inmediatas consecuencias la de dificultar que el Estado pueda seguir sosteniendo la cohesión social y la de debilitar la vida laboral y la estabilidad familiar, toda vía ejes troncales de identidad en la sociedad actual. En efecto, el desarrollo del capitalismo financiero exige una acumulación flexible del capital y la apertura de los mercados precisa de una fuerza de trabajo más flexible en su producción y localización, lo que inestabiliza las relaciones personales y sociales más básicas – trabajo y familia –. Todo ello en el marco de la primacía, por vez primera en la historia, del consumo sobre la producción, en el que la apertura de los mercados viene exigida por el auge del elemento consumo. De este modo, los datos de la realidad son extremadamente reveladores: al menos una tercera parte de los trabajos en la Unión Europea son de baja calidad – poco aprendizaje y especialización y poca participación en la determinación de las condiciones laborales y, por ende, en la calidad de éstas –; estos trabajos de baja calidad se traducen en precariedad y marginación – altos niveles de desempleo entre los trabajadores poco cualificados y pocas expectativas de cambio –; la salud de los trabajadores se deteriora en la misma proporción que aumenta la precariedad laboral – inseguridad en el trabajo y estrés laboral, con repercusiones en muchos aspectos de la vida –.

El fenómeno de la globalización supone, pues, trascender los espacios nacionales a nivel mundial en materia de circulación de capital, bienes, servicios y, por ende, de trabajadores. Ahora bien, sus efectos, tremendos cuando ello se produce respecto a todo el planeta, no se limitan a estos supuestos, sino que, aunque en menor medida debido a las menores diferencias entre países y a una mayor regulación estatal y transnacional, también pueden producir consecuencias perniciosas incluso cuando esa circulación opera en un espacio geopolítico de menores dimensiones, cual es la Unión Europea.

2.- EL MODELO SOCIAL EN EL TRATADO DE LA UE

Conviene no olvidar que, aunque con la finalidad de lograr una unificación política europea, el principal objetivo que las Comunidades Europeas se fijaron fue de naturaleza económica. En cualquier caso, resulta claro que, planteada en esos términos la andadura europea, el punto de partida liberal de los Tratados Fundacionales hizo que la política social apareciera subordinada a la política económica y que la finalidad de las disposiciones sociales fuera también de carácter esencialmente económico. Se trataba, en efecto, de lograr la igualación de los costos sociales de las empresas de los países comunitarios en para evitar que la existencia de una legislación menos avanzada produjera el efecto de alterar la libre competencia. Esto es, se trataba de proscribir el llamado “*dumping social*” al que podrían recurrir las empresas para lograr ampliar sus mercados en el interior del espacio económico europeo. Así, los primeros pasos de la Europa unida consistieron, en materia social, en la promoción de la libre circulación de trabajadores mediante la regulación de la movilidad geográfica de asalariados y no asalariados y de protección de la seguridad social de los emigrantes.

Una segunda etapa se abre con la aprobación, el 21 de enero de 1974, de la *Resolución sobre un Programa de Acción Social*, con tres objetivos esenciales que sirvieron de guía para la política social comunitaria a partir de entonces, a saber: la realización del pleno y mejor empleo en la Comunidad; la mejora de las condiciones de vida y trabajo que permitieran la equiparación en el progreso; la participación creciente de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales comunitarias y de los trabajadores en la vida de las empresas. Esta etapa coincidió con una importante crisis del empleo y con el reto de la introducción de las nuevas tecnologías, en un ambiente de demanda de mayor flexibilidad en el mercado de trabajo. Todo ello llevó al Consejo a la aprobación, el 22 de junio de 1984, de las llamadas *Conclusiones sobre un nuevo programa de acción social comunitario a medio plazo*, sostenidas sobre tres bases: el empleo, la seguridad social y el diálogo social europeo.

El *Acta Única Europea*, de febrero de 1986, que entraría en vigor en plenitud el 1 de julio de 1987, puso las bases para el futuro desarrollo de la política social comunitaria, que caminaría unida a la política económica y al mercado interior único. En su desarrollo, se adoptó por el Consejo en diciembre de 1989 la llamada *Carta Social Europea*, en la que se enuncian como derechos fundamentales de carácter social los de libre circulación; empleo y remuneración; mejora de las condiciones de vida y de trabajo; protección social; libertad de asociación y negociación colectiva; formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres; información, consulta y participación; protección de la

salud y seguridad en el medio laboral; protección de niños y adolescentes, tercera edad y minusválidos. Estos principios se reiterarán en los siguientes hitos normativos de la UE.

El *Tratado de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, representó un paso importante en el proceso de unificación europea, así como el inicio de una nueva etapa también en política social, señalando en su artículo 2 como finalidad de la Comunidad la de “*promover un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, con un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel de vida y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*”, previéndose para ello como medios, entre otros, en su artículo 3.c) la acción en orden al establecimiento de “*un mercado interior caracterizado por la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, medidas relativas a la entrada y circulación de personas en el mercado interior...*” y en su artículo 3.g) “*un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior*”. La libre circulación de los trabajadores también se plasma en los artículos 48 y siguientes, y se consagra el derecho de establecimiento en los artículos 52 a 58. De singular interés para la materia que nos ocupa son los artículos 59 y siguientes, referidos a los Servicios, previéndose, en esencia, una progresiva supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad y declarándose que los servicios comprenderán las actividades industriales, mercantiles, artesanales y propias de profesiones liberales, remitiendo los transportes, los servicios bancarios y de seguros a su propia regulación. No pueden tampoco dejar de citarse los artículos 118 y siguientes, relativos a la Política Social, en los que se prevé “*Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso... “ y que se “favorecerá la armonización de los sistemas sociales...*”. En cuanto a la cohesión económica y social, el T.U.E. señala que “*la Comunidad se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos desfavorecidas, incluidas las zonas rurales*”. Novedad fundamental del Tratado fue el Protocolo y el *Acuerdo Anexo sobre política social*, en los que se reitera que “*los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones sociales*”. Más adelante, el *Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y su Protocolo*, de 13 de diciembre de 1993, se suscribió con la finalidad de “*promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales económicas entre las partes contratantes, en igualdad*

de condiciones de competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo”.

Por su parte, en el año 2000 se aprobó en Niza la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, sólo obliga a los Estados miembros cuando actúan en el marco del Derecho comunitario. Dicha Carta recoge, en su Capítulo II – *Libertades* – la libertad profesional y derecho a trabajar – artículo 15 – en los siguientes términos: “1. *Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.* 2. *Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro.* 3. *Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”.* En ese mismo Capítulo II se recoge, en su artículo 1, la “*libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. En su Capítulo IV, referido a la *Solidaridad*, cataloga, entre otros, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas – art. 31.1. *Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.* 2. *Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas –*, y derechos en materia de seguridad social y ayuda social.

La versión consolidada del TUE a 24 de diciembre de 2002 recoge, en esencia, similares previsiones en materia de política social y de libertad de circulación, establecimiento y servicios.

Un último hito lo constituye el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* que, aunque por el momento, ha visto frustrado su camino, es, sin duda, altamente revelador y significativo de la idea de Europa en el futuro más inmediato. Tachado por un buen número de comentaristas de texto de contenido socialmente débil, de contener una acusada descompensación entre la Constitución Económica y la Constitución Social, o de resultar carente de avances en el reconocimiento de derechos y en el sistema de garantías, así como de incluir como derechos fundamentales algunos que nunca lo han sido, devaluando así los señeros y tradicionales. Baste ahora recordar, a lo que ahora nos interesa, algunas de sus previsiones. Así, su artículo 1-3.2 prevé, dentro de los objetivos de la Unión, que ésta “*ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada*”, resultando llamativo que se sitúen en el mismo plano la libertad, la seguridad y la justicia, de un lado y el mercado interior, de otro. Su artículo 1-3.3 señala que

“La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social... La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres... La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros...”. Dentro de su Parte II – *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión* –, se recoge en su Título II – *Libertades* – el artículo II-75, dedicado a la libertad profesional y el derecho a trabajar en cualquier profesión y en cualquier Estado miembro y su artículo II-76 la libertad de empresa en términos absolutamente similares a los de la *Carta de los Derechos Fundamentales*. El Título IV – *Solidaridad* – de dicha Parte II contiene diversas previsiones, entre las que se haya la de su artículo II-91, referido a *Condiciones de trabajo justas y equitativas*, en términos idénticos a los de la *Carta* y su artículo 94 también sin variación respecto a las previsiones de aquélla en materia de seguridad social y ayuda social.

3.- EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN LA UE. REGULACION VIGENTE

A) LA DIRECTIVA 96/71/CE

El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios en el seno de la Unión Europea viene regulado por la **Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996**. Esta norma, en base al principio de libre prestación de servicios que el TUE reconoce, estableció el marco normativo común para que los Estados miembros de la Unión Europea y los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo regularan en sus respectivas legislaciones los derechos y condiciones mínimas que deben garantizarse a los trabajadores temporalmente desplazados a los mismos por empresas establecidas en otros Estados de la Unión Europea o en los dichos Estados signatarios del Acuerdo indicado.

Esta Directiva 96/71 parte de los siguientes **Considerandos**, a lo que ahora nos interesa:

- que, según el artículo 3 del Tratado, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituye uno de los objetivos de la Comunidad;

- que la realización del mercado interior ofrece un entorno dinámico para la prestación de servicios transnacional al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en que trabajan habitualmente;
- que la prestación de servicios puede consistir ya sea en la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de ésta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios, ya sea en el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado;
- que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores;
- que la transnacionalización de las relaciones de trabajo plantea problemas sobre el Derecho aplicable a dicha relación y que la determinación de las condiciones de trabajo y empleo redundan en beneficio de las partes;
- que, en virtud del art. 3 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la norma general es la de la libertad de elección de la ley por las Partes y que, a falta de elección, el contrato se regirá, de conformidad con el apartado 2 del artículo 6, por la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo en ejecución del contrato, aun cuando se haya desplazado temporalmente a otro país, o si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de ese otro país;
- que, con arreglo al apartado 1 del artículo 6 de dicho Convenio, la elección por las Partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del mencionado artículo;
- que, con arreglo al principio de prioridad del Derecho comunitario contemplado en su artículo 20, dicho Convenio no afectará a la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o vayan a estar contenidas en actos que emanen de las instituciones de las Comunidades Europeas o en legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos;
- que el Derecho comunitario no impide que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o de los convenios colectivos celebrados por los

interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro;

- que el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados miembros garantizar el respeto de estas normas por los medios apropiados;
- que las legislaciones de los Estados miembros deberán ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios;
- que dicha coordinación sólo podrá llevarse a cabo mediante el Derecho comunitario;
- que el proveedor de servicios deberá observar un «núcleo duro» de disposiciones de protección, claramente definidas, independientemente de la duración del desplazamiento del trabajador;
- que resulta conveniente establecer que, en determinados casos delimitados de trabajos de montaje y/o de instalación de un bien, no se apliquen las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo y a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- que, además, conviene garantizar cierta flexibilidad en la aplicación de las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo y a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- que, en caso de que la duración del desplazamiento no sea superior a un mes, los Estados miembros podrán, en determinadas condiciones, establecer excepciones a las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo o contemplar la posibilidad de establecer excepciones a través de convenios colectivos;
- que, en caso de que los trabajos que se vayan a efectuar sean de escasa importancia, los Estados miembros podrán establecer excepciones a las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo y a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- que las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el país de acogida no deben impedir la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo que sean más favorables a los trabajadores;
- que conviene respetar el principio de que las empresas establecidas fuera de la Unión Europea no deben obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en el territorio de un Estado miembro.

Hay que tener en cuenta que esta Directiva 96/71/CE es de **aplicación** sólo a los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores, o sea, en los casos – cada vez más frecuentes en la realidad empresarial actual – en que un trabajador es enviado por su empresa a otro país a fin de prestar servicios, bien para un cliente del empleador, bien para una empresa de su mismo grupo, pero siempre con carácter temporal y con vistas a que el trabajador, una vez finalizado el período de desplazamiento, regrese a su país de origen. No se trata, pues, de supuestos de emigración ni de supuestos en que un trabajador de otro Estado miembro es contratado por una empresa de otro Estado miembro para prestar determinados servicios, sino sólo para supuestos de empresas que van a realizar servicios en otro Estado miembro al que desplazan a sus trabajadores, con los que siguen manteniendo la relación contractual. Así, esta Directiva se aplicará en la medida en que las empresas adopten una de las siguientes medidas transnacionales:

- a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o
- b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o
- c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.

En cuanto al concepto y caracterización del **sujeto trabajador**, la Directiva lo establece en el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado.

Se instaure, con carácter general y sin perjuicio de excepciones que se prevén, respecto a las **condiciones de trabajo y empleo, el principio del país de acogida**, al determinarse que los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su

territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general:

- períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;
- condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino;
- la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;
- las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;
- la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

Ahora bien, ello no impide, según la Directiva, la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores – así ocurriría si el país de origen lo regulara de forma más conveniente –.

B) EN ESPAÑA, LA LEY 45/99

La Directiva 96/71 ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la **Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional**. Su destinatario principal son, obviamente, empresas establecidas fuera de España, que van a desplazar a sus trabajadores a este Estado miembro, pero también va a requerirse en muchas ocasiones la colaboración de la empresa española a la que los trabajadores extranjeros son desplazados temporalmente.

La Ley 45/99 tienen por **objeto**, en cumplimiento de la Directiva 96/71, el garantizar una serie de condiciones mínimas de trabajo a los **trabajadores** por cuenta ajena – no autónomos –, cualquiera que sea su nacionalidad, esto es, tanto sean comunitarios como

no lo sean, que presten servicios en empresas establecidas en Estados miembros y signatarios del Acuerdo de referencia y que sean trasladados a España de forma temporal en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional. La Ley será de **aplicación** en los siguiente supuestos:

- desplazamiento temporal de un trabajador a centro de la propia empresa o de empresa del mismo grupo;
- desplazamiento de un trabajador que, bajo la dirección de su empresa, va a ejecutar un contrato celebrado entre ésta y otra empresa establecida o que ejerce su actividad en España, esto es, para trabajar en una contrata o subcontrata con actividad aquí;
- desplazamiento de un trabajador por una Empresa de Trabajo Temporal establecida en alguno de los Estados de origen a los que se refiere la Ley para su puesta a disposición de una empresa usuaria establecida o ejerciendo su actividad en España;
- desplazamiento de un trabajador de una Empresa de Trabajo Temporal establecida en España y puesto a disposición de una empresa usuaria en un Estado de los de referencia y posteriormente desplazado por ésta a España en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Las **condiciones de trabajo mínimas garantizadas en los supuestos de aplicación de la Ley 45/99** vienen relacionadas en ésta. Se trata de condiciones mínimas a aplicarse con independencia de cuál sea la legislación aplicable al contrato de trabajo de los trabajadores desplazados y del contenido del propio contrato de trabajo individual que, en su caso, pudiera contener condiciones más ventajosas que los mínimos garantizados por esta Ley. Se garantizan las siguientes condiciones:

- el tiempo de trabajo, en materia de jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo, descanso semanal, fiestas, permisos y vacaciones anuales, en los mismos términos previstos en la legislación básica española, esto es, el Estatuto de los Trabajadores, con una excepción relativa fundamentalmente a las vacaciones en función de que la duración del desplazamiento sea inferior a ocho días;
- la cuantía mínima del salario, que será la que resulte de aplicación al sector o rama de actividad en la que el trabajador desplazado preste sus servicios, todo ello según las disposiciones legales, reglamentarias o de convenio colectivo que correspondan, con idéntica excepción, en esencia, a la anterior;

- la igualdad de trato en el trabajo y la no discriminación en las relaciones laborales por razón de sexo, origen, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, lengua y disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, siempre y cuando el trabajador disponga de las aptitudes necesarias para el desarrollo del trabajo de que se trate, en prácticamente idéntica dicción de la del artículo 17 ET;
- el trabajo de los menores, que seguirá lo establecido en el artículo 6 ET;
- la prevención de riesgos laborales, según la Ley 31/95, de 8 de noviembre;
- la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, siguiendo en esencia la previsión de los artículos 12.4.d) y 15.6 ET, respectivamente;
- el respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, recogiendo en lo sustancial el derecho laboral básico del artículo 4.2.e) ET;
- la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión que se contienen en el art. 4.1.b), e) y f) ET;
- además, se prevé la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1471994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, a trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal de otro Estado miembro que se desplacen a prestar servicios para una empresa usuaria situada en España.

El incumplimiento de estas previsiones, esto es, el no garantizar a los trabajadores desplazados a España, con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación española, en los términos que se acaban de indicar, así como el no comunicar el desplazamiento a las autoridades laborales españolas competentes, constituyen sendas infracciones administrativas previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Este es el panorama vigente en la regulación de la movilidad de los trabajadores en el seno de la UE cuando van a prestar servicios en uno Estado miembro por cuenta de una Empresa radicada en otro Estado miembro, bien para ella directamente, bien para un tercero contratante.

C) EL REGLAMENTO CEE/1408/71

El Reglamento del Consejo CEE/1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad parte de determinados principios inspiradores tendentes a facilitar la libre circulación de trabajadores dentro de la Europa unida. Tales principios son los siguientes: la igualdad de trato, con el reconocimiento al trabajador extranjero del mismo estatus de Seguridad Social que al trabajador nacional; el principio del país de destino en cuanto a la legislación aplicable al trabajador migrante, esto es, la aplicación de la normativa del Estado de empleo o de trabajo, a excepción de los trabajadores fronterizos, a quienes se aplica la del país de residencia; la conservación de los derechos adquiridos – exportación de prestaciones y servicio de prestaciones en el extranjero –; conservación de los derechos en curso de adquisición, mediante la acumulación de los períodos de aseguramiento cubiertos en los distintos Estados miembros y la distribución del coste de la prestación a prorrata entre las distintas Instituciones nacionales afectadas o *prorrata temporis*.

4.- LA RAZON DE SER DE LA DIRECTIVA

La Directiva Bolkestein, es bien sabido, ha sido objeto de durísimas críticas y en su contra se han producido importantes movilizaciones en el seno de la UE. Sindicatos a todos los niveles, partidos políticos y fuerzas sociales de izquierda nacionales y europeas, Comités creados *ad hoc*... se han posicionado contra la Directiva, y utilizado al efecto los más duros calificativos – texto intrínsecamente perverso, venenoso, peligroso, destructurante, el final de las posibilidades de la lucha trabajadora... –.

Pues bien, lo cierto es que el recorrido en su tramitación la ha ido hasta ahora puliendo de sus más controvertidas y contestadas previsiones, lo que resulta altamente expresivo de la dureza de algunos de sus planteamientos iniciales.

En este sentido, es sumamente revelador de la filosofía que impregnaba la Propuesta inicial el hecho de que el texto de la Directiva se haya visto modificado incluso en sus *Considerandos* y, dentro de ellos, en los objetivos que trata de lograr, en los medios para ello y también en los extremos en los que ella misma considera que ha de ser extremadamente cautelosa.

La Propuesta de Directiva inicial del Consejo, de 13 de enero de 2004, identificada ya desde entonces con el nombre del ex comisario europeo que la promovió

–Bolkestein–, dando lugar a fáciles gracias acerca del terror que podía inspirar, recuerda en su Considerando 1 el objetivo de la UE de estrechar cada vez más los lazos entre los Estados y los pueblos de Europa y garantizar el progreso económico y social y que, con arreglo al artículo 14, apartado 2, del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que estén garantizadas las libertades de prestar servicios y de establecimiento, así como que la eliminación de barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros es un medio esencial para reforzar la integración entre los pueblos de Europa y para fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible. No sorprende esa declaración de principios si se toma también en consideración, como el propio texto recoge, que la propuesta de Directiva forma parte del proceso de reformas económicas iniciado por el Consejo Europeo de Lisboa para convertir a la UE, para el año 2010, en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo.

La preocupación que inspiró esa cruda filosofía y su plasmación en el articulado de la Propuesta ha tenido su reacción en la Propuesta Modificada de Directiva remitida por la Comisión el 4 de abril de 2006, a la luz de los dictámenes del Comité de las Regiones de 29 de septiembre de 2004 y del Comité Económico y Social Europeo de 9 de febrero de 2005, y de las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo. En efecto, ya desde su inicio, los Considerandos modificados amplían sustancialmente el marco de referencia de la Directiva, en los siguientes términos:

- Manifestando de manera reiterada que, a la hora de la eliminación de las barreras indicadas para el desarrollo de las actividades de servicios, es esencial velar para que ese desarrollo contribuya al cumplimiento de la tarea establecida en el artículo 2 del Tratado, de promover, entre otros fines, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

- Añadiendo que un mercado competitivo de servicios es esencial para la creación de puestos de trabajo y, sobre todo, que, para el nuevo impulso a la economía europea, resultan esenciales la supresión de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior y la preservación del modelo social europeo, así como que el mercado interior de los servicios se debe realizar con el equilibrio debido entre la apertura de los mercados, la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los de los consumidores.

- Atribuyéndose otros objetivos de interés general, cuales la protección del medio ambiente, de la seguridad pública y de la sanidad pública y el cumplimiento del Derecho del trabajo.

- Aclarando que la Directiva ha de respetar las iniciativas comunitarias para alcanzar los objetivos de fomento del empleo y de mejores condiciones de vida y de trabajo; que la Directiva no afectará a las condiciones de trabajo – jornada, descansos, vacaciones anuales retribuidas, salario mínimo, salud, seguridad e higiene en el trabajo – ni a la negociación colectiva, ni al derecho de huelga y de acción sindical, ni a las legislaciones nacionales sobre la seguridad social, ni se aplicará a las empresas de trabajo temporal.

- Invocando que habrá de ser interpretada de forma que reconcilie el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE con las libertades fundamentales de los artículos 43 y 49 del Tratado.

Esto es, el modelo social europeo, en el último texto de la Directiva, en su frontispicio, no es sólo un elemento a preservar, sino que se constituye, en los términos de la Directiva, en objetivo de la misma en aras de lograr el resto de sus objetivos.

5.- LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR. SU EVOLUCIÓN

Conviene preguntarse si un instrumento como esta Directiva es preciso para la preservación del modelo social que constituye su *desideratum* y, en todo caso, si es posible aunar, hoy por hoy, objetivos tan aparentemente alejados, como el de superar las barreras al comercio interior de servicios dentro de la UE respetando todos los objetivos de política social y, al mismo tiempo, colocar a ésta en primera posición en la economía mundial en este ámbito.

La primera cuestión a formularse es la de si, al margen de la necesidad de regular cómo se ha de gestionar el logro de un auténtico mercado interior de los servicios y, con independencia también de que la creación de un mercado competitivo de servicios contribuya o no al crecimiento económico y a la creación de puestos de trabajo, desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores se precisa o no un instrumento de contenido distinto al recogido fundamentalmente en la Directiva 96/71/CE y, en su caso, cuál habría de ser la distinta y nueva regulación.

La dicción de la Propuesta modificada de Directiva – mantenida en los aspectos que nos interesan en la posición común aprobada por el Consejo el 24 de julio de 2006 – parece dar lugar a responder negativamente en cuanto a la necesidad o, al menos, utilidad de una nueva regulación de las consecuencias laborales de la creación de ese gran mercado interior de servicios en la UE.

En efecto, su artículo 1, referido al *Objeto*, tras determinarlo, en lo esencial, en *facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios*, se dedica – lo que no hacía la Propuesta inicial – a excluir materias que no se verán afectadas por la misma y, entre ellas, el *Derecho laboral, es decir, cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleados y trabajadores, que los Estados miembros aplican de conformidad con el Derecho comunitario (...) ni las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en los Estados miembros contempladas en el artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 1408/71, sobre la aplicación de los regímenes de seguridad social ni el ejercicio de los derechos fundamentales (...) incluido el derecho de negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y de emprender una acción sindical*.

En su artículo 2, referido a su *Ámbito de aplicación*, también la Propuesta de Directiva modificada se afana, más allá de la Propuesta inicial, en recoger las actividades a las que no será de aplicación, incluyendo entre ellas, en lo que a los derechos sociales se refiere y nos interesa aquí, las de *los servicios de las empresas de trabajo temporal, los servicios sanitarios, los servicios sociales relativos a vivienda social, atención a niños y apoyo a familias y personas necesitadas*.

Por si fuera poco, la Propuesta modificada clarifica aún más, la primacía en algunos terrenos de los restantes actos comunitarios sobre esta Directiva en caso de conflicto entre ésta y aquellos, citando de manera expresa los precitados Directiva 96/71/CE y Reglamento (CEE) 1408/71.

Mención aparte merece la cuestión referida al *Principio del país de origen*. Se trata de una de las cuestiones que suscitaron una mayor contestación a la Directiva Bolkestein. Este principio consiste, en esencia, en que los trabajadores de un país que se encuentren trabajando por cuenta de su empresa en otro Estado miembro verían regidas sus condiciones laborales por las normas de su país de origen y no por las del lugar de prestación de los servicios – país de destino o de acogida –. Este principio supondría una clara permisividad, cuando no incitación, a la deslocalización de empresas hacia países de la UE

de menos presión fiscal, social o medioambiental, esto es, aquellos en los que se aplican los mínimos necesarios comunitarios laborales, facilitándose así la creación de empresas – o su traslado allí – en Estados con muy baja regulación social para, desde ese Estado proceder a prestar servicios en otros Estados miembros, aplicándose la legislación de mínimos del país de origen. Pues bien, la Propuesta inicial de Directiva planteaba este principio del país de origen en su Capítulo III – *Libre circulación de servicios* –, titulado a su Sección I como *Principio del país de origen y excepciones*, formulándolo de manera directa en su artículo 16 como la sujeción de los prestadores de servicios a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado, aunque excepcionaba con carácter general – artículo 17 –, entre otras, *las materias que abarca la Directiva 96/71/CE, las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 por las que se determina la legislación aplicable*. Los artículos 24 y 25 de la inicial Propuesta se referían al *Desplazamiento de trabajadores*, con una redacción muy farragosa en la que se reiteraba hasta tres veces la apelación a la Directiva 96/71/CE, aunque regulando las obligaciones y limitaciones de los Estados de origen y de desplazamiento relativas a comunicación de información y otras similares. Redacción que no dejaba de ser confusa, hasta el punto de que el Comité Económico y Social en su Dictamen de 10 de febrero de 2005 ya razonó que la excepción al principio del país de origen referido a la Directiva 96/71/CE no estaba formulada de manera suficientemente clara y completa. También se recogía, en su artículo 25 el *Desplazamiento de ciudadanos de terceros países*, en precepto también suprimido.

Modificaciones que, debido al contenido de la regulación comunitaria vigente en la materia, no podían haber dejado de tener lugar. Pero también por mor de lo dispuesto en normas y acuerdos internacionales, como la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política social de la Organización Internacional del Trabajo – Ginebra, noviembre de 1977*, en la que ya se recogía la necesidad de estar, en materia social y laboral, a la legislación de los países de acogida, con expresa garantía en materia de salarios, prestaciones y condiciones de trabajo.

Pues bien, a pesar de haberse rechazado en el Parlamento Europeo, en primera lectura – 16 de febrero de 2006 – una enmienda propuesta por los grupos de izquierda en el sentido de introducir expresamente el respeto al principio contrario – esto es, el del país de destino –, lo cierto es que en la Propuesta modificada, no se contiene ya ni una sola mención al principio del país de origen, limitándose el artículo 16 a garantizar la libre prestación de servicios, excepcionando de su aplicación a determinados servicios y determinadas materias que, en lo que nos afecta, son las mismas que las de la Propuesta inicial, y suprimiendo toda la regulación referida al *Desplazamiento de trabajadores*. Ello permite suponer que la Directiva opta por la directa aplicación de la regulación comuni-

taria vigente hasta ahora en la materia, a la que más arriba nos hemos referido. Así, la aplicación de la Directiva 96/71/CE va a dar un giro radical a la Propuesta inicial de la Directiva, ya que se aplicará a los trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios de referencia el conjunto de las condiciones de trabajo del país de desplazamiento o destino.

Merece también una consideración especial la cuestión referida al *control* del cumplimiento de los requisitos y condiciones de la prestación de servicios en otro Estado miembro. En origen, la Propuesta inicial se refería al control por parte del Estado de origen incluso cuando los servicios se prestaran en otro Estado, en lógica correspondencia con la instauración del principio del país de origen, y contemplaba asimismo la asistencia recíproca entre los Estados. La redacción de la Propuesta modificada, en coherencia también con la desaparición absoluta del principio del país de origen, añade al control por parte del país de origen, un control por parte del país de desplazamiento, a quien se hace responsable respecto a los requisitos nacionales que pueden imponerse a la libre circulación – artículos 16 y 17 –, particularmente, en lo que aquí nos interesa, condiciones de trabajo en el sentido recogido en la Directiva 96/71/CE. Será este mismo instrumento el que determine el alcance de los mecanismos de control e inspección en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios en el mercado interior. No resulta de recibo, tampoco en este terreno, que la futura Directiva a la que nos referimos disminuya, y menos aún, elimine, esos mecanismos, sino que los mismos habrán de ser intensificados a fin de evitar cualquier situación de abuso. Deberán estudiarse dotaciones significativamente mayores a los cuerpos de Inspección de Trabajo de todos los Estados miembros a fin de conseguir una mayor eficacia de su actividad inspectora en un campo tan resbaladizo como éste. Por otro lado, resulta imprescindible también que la futura Directiva de servicios en el mercado interior aborde una intensificación de los elementos sustanciales del control de la actividad de las empresas que desplazan trabajadores temporalmente de uno a otro estado miembro – información y cooperación – en la línea de lo previsto en la Directiva 96/71/CE, cuya aplicación ha de garantizarse y mejorarse.

Finalmente, otro elemento que merece atención es el referido a la cobertura de la asistencia sanitaria, que se recogía en el artículo 23 de la Propuesta inicial. Esta norma alteraba el panorama creado por el artículo 22 del precitado Reglamento (CEE) 1408/71. En efecto, este Reglamento preveía, en lo sustancial, en esta materia, la garantía a los afiliados a la seguridad social que obtuvieran la autorización correspondiente de acceso a la atención sanitaria en cualquiera de los restantes Estados miembros en las mismas condiciones de los afiliados a la seguridad social en ese Estado. Pues bien, la inicial propuesta Bolkestein preveía la supresión del requisito de autorización previa para el reembolso

de los gastos sanitarios no hospitalarios, lo que ha sido contestado desde diversos puntos de vista y con diversos argumentos, tales como, en esencia, la falta de control sobre la asistencia sanitaria por los Estados Miembros; los posibles abusos de prestadores de la asistencia sanitaria, al no haber en la normativa de aplicación común una distinción clara entre servicios hospitalarios y no hospitalarios. Pues bien, también en este extremo la Propuesta modificada de Directiva contiene una modificación importante, al haber suprimido íntegramente el precitado artículo 23 referido a esta materia.

6.- A MODO DE BREVE CONCLUSION

La creación de un mercado competitivo de servicios se reputa esencial para el fomento del crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la UE. Se trata de eliminar las barreras que, en el mercado interior, impiden a los prestadores de servicios operar más allá de las fronteras de sus Estados nacionales, puesto que ello debilita la competitividad global de los prestadores de servicios en la UE. Acerca de cuáles sean esas barreras u obstáculos, ninguna alusión expresa se hace a la carga de los costos sociales de las empresas, pero la Propuesta inicial recogía la necesidad de introducir el principio del país de origen en aras de la eliminación de esas barreras, lo que es extraordinariamente ilustrativo en el sentido de que la garantía de las condiciones de trabajo, tal como se recogía en la Directiva 96/71/CE, se entendía como una de esas trabas a eliminar. Si recordamos que uno de los objetivos de esta apertura del mercado interior a los servicios era, según el programa de reformas económicas del Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, convertir para 2010 a la UE en la economía del conocimiento más competitiva del mundo, no será difícil convenir la lógica interna de la Propuesta Bolkestein al introducir el principio del país de origen, con sus previsible consecuencias de deslocalización masiva hacia los Estados miembros con el más bajo nivel de protección social en tanto no se logren estándares adecuados de armonización en este terreno. De ahí que este principio se hubiera situado en el eje de la Propuesta y en una de las cuatro medidas clave que la misma contenía para suprimir los obstáculos a la libre prestación de servicios –en palabras del Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo–.

La desaparición del principio del país de origen puede hacer perder a la Directiva gran parte de su sentido y finalidad, a tenor del interés que el mismo presentaba en la redacción inicial y el lugar central que ocupaba en el diseño de la libre circulación de los servicios en el mercado interior. En cualquier caso, su tramitación aún no ha finalizado, por lo que ha de esperarse a conocer el que será su tenor definitivo para proceder a comentar éste y otros extremos.

En cualquier caso, se hayan o no sacrificado, siquiera parcialmente, los objetivos de la Directiva al eliminarse el principio del país de origen, lo cierto es que se evita el alejamiento del acervo comunitario social vigente hasta el momento.

Cuestión distinta es si la Directiva conseguirá sus objetivos o no, o si, dentro de un cierto tiempo se volverá a intentar por un medio similar al que ahora comentamos, crear ese gran mercado interior de servicios para facilitar el acceso de los europeos a una mayor elección y a unos servicios a precios más bajos, tal como el texto actual recoge entre sus objetivos, precios más bajos que no pueden conseguirse implantando principios alejados del ya difícil modelo social comunitario.