

# LA RETRIBUCIÓN DE LOS TRABAJADORES OBJETO DE UN DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA<sup>1</sup>

María José SERRANO GARCÍA  
Departamento de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Facultad de Ciencias Económicas  
y Empresariales. UCM  
*mjserranog@ccee.ucm.es*

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El progreso tecnológico y la reducción de los obstáculos jurídicos al libre comercio han provocado que se incremente el número de las empresas que deciden desarrollar sus actividades en países diversos a aquellos en los que se encuentran establecidas; y, derivadamente, que trasladan a sus trabajadores a tales países. El régimen jurídico de esta movilidad de mano de obra es diferente del que corresponde a la que deriva de la iniciativa de los propios empleados, pudiéndose hablar de dos tipos de trabajadores migrantes.

En el seno de la Unión Europea, cuando el fenómeno migratorio de mano de obra posee base en la iniciativa de los empleados, entra en juego la libertad de circulación de trabajadores recogida en el art. 45 TFUE (antiguos arts. 39 y ss. TCE, originarios arts. 48 y ss. TCEE). En los términos señalados en el Derecho comunitario, con la puesta en práctica de esta libertad, los trabajadores que proceden de un Estado miembro distinto de aquel en el que prestan servicios no pueden sufrir trato discriminatorio, respecto a los establecidos en este último país. Con esta premisa, también se tutela a los empleados del país de acogida, a causa de que los migrantes no pueden competir con ellos, a la hora de encontrar un empleo y permanecer en el mismo, porque el coste económicos de sus respectivas prestaciones de servicios debe ser idéntico, en la medida en la que, al menos teóricamente, no pueden aceptar condiciones de trabajo inferiores

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-45781 del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

a las exigidas en dicho país. Además, desde el asunto *Bosman*<sup>2</sup>, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que los Estados miembros tampoco pueden establecer obstáculos no discriminatorios que impidan la libre circulación de trabajadores.

Como ya se ha señalado, frente a esta movilidad de mano de obra se encuentra la que procede de la decisión de los empresarios de trasladar a sus trabajadores a un país distinto de aquel en el que se encuentran establecidos. Dado los límites del presente estudio, en las siguientes páginas, se analizan exclusivamente los desplazamientos temporales de trabajadores. Y se da la circunstancia de que, desde que diera respuesta al asunto *Rush Portuguesa*, el Tribunal de Justicia ha reiterado que este tipo de desplazamientos no afecta a la libre circulación de trabajadores, sino a la libre prestación de servicios consagrada en el art. 56 TFUE en favor de los empresarios de los Estados miembros —aunque el Parlamento Europeo y el Consejo pueden extenderla a los prestadores de servicios nacionales de un tercer Estado que se hallen establecidos dentro de la Unión Europea—. De modo que la libre circulación de trabajadores ocupa un lugar secundario, al estar a disposición de la libre prestación de servicios, que se extiende, por su parte, sobre toda actividad económica no prohibida entre sujetos económicos en la que se intercambia una prestación a cambio de una remuneración (arts. 56 y ss. TFUE, antiguos arts. 49 y ss. TCE, originarios arts. 59 y ss. TCEE).

Los fenómenos de desplazamiento temporal de mano de obra evidencian las tensiones que existen entre los intereses de los empresarios y los trabajadores, entre los diversos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, entre éstos y el Derecho de la Unión Europea y, en fin, más específicamente, entre el Derecho de la competencia y el Derecho social. Y, asimismo, conducen a cuestionarse los límites de la competencia lícita entre empresas establecidas en distintos Estados miembros, en el seno de una economía social de mercado tendente a conseguir, entre otros resultados, el pleno empleo y el progreso social (art. 3.3 TUE); y en la que, obviamente, la libre competencia no es incompatible con postulados de naturaleza social. Lo recuerdan, entre otros instrumentos jurídicos, la Estrategia Europa 2020<sup>3</sup> y numerosas normas que prevén la posibilidad de establecer cláusulas de naturaleza social vinculadas al desarrollo de determinados contratos, como los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

---

<sup>2</sup> STJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto *Bosman*, núm. C-415/93.

<sup>3</sup> COM (2010) 2020 final.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la Unión Europea no posee competencias sobre cuestiones tan importantes como la remuneración de los trabajadores (art. 153.5 TFUE, antiguo art. 137 TCE, originario art. 118 TCEE)<sup>4</sup>. En su seno, la fijación de las condiciones de trabajo constituye una cuestión fundamentalmente nacional. De manera que los ordenamientos jurídicos internos de los diversos Estados miembros recogen niveles de protección laboral y social diferentes; y tales diferencias pueden ser utilizadas por las empresas con la única finalidad de obtener unos costes laborales inferiores y, en sentido inverso, mayores beneficios. De ahí que aquellas que se encuentran situadas en Estados miembros con estándares sociales más bajos ocupen una posición competitiva superior. Lo que puede condicionar la elección del país en el que se decide desarrollar una actividad económica con fundamento en la libertad de establecimiento y resulta especialmente peligroso, en los supuestos de descentralización productiva transnacional basados en contrataciones y subcontratas.

Además, esta situación no se ha visto alterada, porque el Tratado de Lisboa haya otorgado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el «mismo valor jurídico que (a) los Tratados» (art. 6.1 TUE). Por el temor de los Estados miembros a los efectos federalizantes que se unen a la proclamación de Bill of Rights, esta Carta no ha ampliado el ámbito de aplicación del Derecho comunitario más allá de las competencias de la Unión, no ha creado ninguna nueva competencia ni cometido para ésta y, en fin, no ha modificado las competencias y cometidos definidos por los Tratados (art. 51.2 CDFUE y Declaración núm. 1 relativa a la CDFUE). Y, por su parte, el Tribunal de Justicia ha seguido protegiendo de manera muy especial las libertades económicas, en detrimento de derechos de los trabajadores como el derecho a la negociación colectiva. Realmente, ha centrado la protección en estos últimos, sólo en aquellas situaciones en las que el ajuste de su ejercicio incide en menor medida sobre las libertades económicas, como sucede, con la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, entre trabajadores temporales y fijos, o bien con la basada en la edad o en la orientación sexual de las personas.

En la Unión Europea, la mayoría de los conflictos entre las libertades comunitarias y las normas laborales se encuentran relacionados, con los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación

---

<sup>4</sup> Tampoco posee competencias sobre el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho al cierre patronal (art. 153.5 TFUE, antiguo art. 137 TCE, originario art. 118 TCEE).

de servicios transnacional. En las siguientes páginas, se analizan exclusivamente las sentencias del Tribunal de Justicia que están vinculadas al salario de los trabajadores desplazados transnacionalmente, con objeto de encontrar el sentido en el que se resuelven las tensiones que esta movilidad geográfica genera en relación a este concreto aspecto de las relaciones laborales, que constituye uno de los que más fácilmente pueden ser utilizados por los empresarios para ocupar una mejor posición competitiva en el mercado europeo. Piénsese, en las diferencias que existen en la cuantía de la retribución de los trabajadores de los diversos Estados miembros y, significativamente, las que corresponden a los países de Europa occidental y ciertos países de Europa oriental que entraron en la Unión Europea a partir de 2004<sup>5</sup>.

Por lo demás, el contenido de las sentencias del Tribunal de Justicia que le precedieron en el tiempo y, significativamente, el contenido de la sentencia *Rush Portuguesa* sirvió de inspiración a los redactores 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*, así como a diversas normas internas, entre las que se encuentra la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, *sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. De igual forma, algunas afirmaciones de la jurisprudencia comunitaria se encuentran detrás de ciertos mandatos de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, *relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE*, y *por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior* ("Reglamento IMI").

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, en enero de 2015, veintidós de los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea (a excepción de Austria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Italia y Suecia) tenían un salario mínimo nacional. A 1 de julio de 2015, los salarios mínimos mensuales variaban considerablemente, desde 184 euros en Bulgaria, hasta 1.923 euros en Luxemburgo. La brecha entre países es considerablemente inferior, cuando se tienen en cuenta las desigualdades existentes en los niveles de precios. Así, las diferencias se reducen de una relación de 1:10 en euros, a una relación de 1:4 en EPA (Estándares de Poder Adquisitivo). No obstante, la mayoría de los países permanecen en el mismo grupo. Las excepciones son Chequia, Hungría, Letonia, Eslovaquia, Croacia, Polonia y Turquía, que pasan del grupo 1 (salarios mínimos relativamente bajos), al grupo 2 (salarios mínimos de nivel medio). Y, en fin, también ha de destacarse que, en la Unión Europea, los salarios mínimos mensuales oscilan en 2015, entre 380 EPA, en Bulgaria; y 1.561 EPA, en Luxemburgo. Véase Eurostat, [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Minimum\\_wage\\_statistics/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Minimum_wage_statistics/es).

## II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA ANTERIOR AL TRANSCURSO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE

### 1. El protagonismo del derecho originario

Inicialmente, el Tribunal de Justicia dio respuesta a los litigios en los que se planteaba la necesidad de determinar el régimen jurídico aplicable a los trabajadores que eran objeto de un desplazamiento transnacional, con fundamento en el Derecho originario. Y ello, a pesar de que los países del Benelux enviaron, el día 8 de septiembre de 1967, una invitación a la Comisión destinada a conseguir la unificación del Derecho internacional privado y la codificación de las normas de conflicto de leyes a nivel europeo. Debe tenerse en cuenta que fue necesario el transcurso de más de diez años, para que se aprobara la norma que atendió a esta invitación, que no es otra que el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales —hoy, sustituido por el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio (Roma I)—. Y, a este tiempo, tuvieron que sumarse los once años transcurridos, hasta que se llevaron a cabo las ratificaciones a las que el art. 29 del Convenio de Roma condicionaba su entrada en vigor<sup>6</sup>. Además, dada su naturaleza de norma internacional abierta a la ratificación de los Estados miembros, fue necesaria la elaboración de dos protocolos, al objeto de permitir que fuera interpretado por el Tribunal de Justicia; y estos dos protocolos entraron en vigor, en octubre de 2004, más tarde que la fecha prevista para la transposición de la Directiva 96/71/CE.

En consecuencia, hasta finales de 2004, la virtualidad práctica del Convenio de Roma fue nula. Pero, en cualquier caso, esta norma internacional, al igual que el Reglamento Roma I, entiende que el lugar de prestación habitual de servicios no se ve alterado, cuando un trabajador es objeto de un desplazamiento transnacional (arts. 6 del Convenio de Roma y 8.4 del Reglamento Roma I). Lo que significa que consiente la continuidad jurídica del contrato de trabajo en el espacio o, lo que es lo mismo, la exportación de su ley rectora, salvo si ésta choca con las leyes de policía del lugar de prestación de servicios (arts. 7 del Convenio de Roma y 9 del Regla-

---

<sup>6</sup> A partir de este momento, la norma afecta a Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido. Con posterioridad, fueron adhiriéndose otros países, como España y Portugal, que lo hicieron a través del Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1993.

mento Roma I); y, derivadamente, que los empleados desplazados estén privados de las eventuales mejores condiciones laborales contempladas en el Derecho del Estado de acogida. De manera que la eventual aplicación de ese ordenamiento jurídico, en esta primera fase, salvo que existiera un acuerdo de las partes en esa dirección, debía venir de la mano del Derecho originario, incluso en el supuesto en el que el Convenio de Roma hubiera podido ser interpretado por el Tribunal de Justicia. Y se da la circunstancia de que el art. 60 TCEE sujeta al prestador de servicios del Estado de origen a «las mismas condiciones» que impone a sus propios nacionales el Estado de acogida; y, por su parte, el art. 48.2 TCEE afirma que la libre circulación de trabajadores implica «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

## **2. La protección de la libertad de prestación de servicios a través de la prohibición de discriminación y la prohibición de restricción**

La literalidad de los arts. 48.2 y 60 TCEE podía interpretarse, en el sentido de que los trabajadores objeto de un desplazamiento transnacional quedaban sujetos al régimen jurídico del Estado de acogida. Sin embargo, desde un primer momento, el Tribunal de Justicia se apartó de esta solución, decantándose abiertamente por la individualización de la nacionalidad de los diversos componentes del régimen jurídico híbrido al que necesariamente debían estar sujetas las prestaciones de servicios transnacionales; es decir, por la determinación de los extremos de la legislación del Estado de origen y de aquellos otros del Derecho del Estado de acogida que debían aplicarse. La base de su argumentación se situó, en la consideración de que la equiparación del régimen jurídico de las prestaciones de servicios de estos empleados al que es propio de los que trabajan habitualmente en el Estado de acogida pueda entorpecer injustificadamente el ejercicio de la libertad de prestaciones de servicios.

Inicialmente, el Tribunal de Justicia acude a la prohibición de discriminación, para evitar las restricciones que entiende injustificadas a la mencionada libertad de prestación de servicios. La STJCE de 17 de diciembre de 1981, asunto *Webb*, núm. C-279/80, declara que dicha libertad posibilita que los prestadores de servicios extranjeros ejerzan su actividad en otro Estado miembro, sin discriminaciones respecto a los nacionales de ese Estado. Poco después, la STJCE de 3 de febrero de 1982, asunto *Seco*,

núms. C-62/81 y C-63/81, precisará que se encuentran prohibidas, tanto las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad del prestador del servicio, como las discriminaciones encubiertas, fundadas en criterios aparentemente neutros, pero que producen el mismo resultado que las primeras. Y añade que la puesta en práctica de estas prohibiciones no impide que, en ciertos casos, los empresarios trasladen temporalmente a otro Estado miembro, junto a la mano de obra, la legislación del país en el que se encuentran establecidos, o, con mayor exactitud, la ley rectora de los contratos de trabajo afectados por la movilidad geográfica.

Ninguna de estas sentencias da respuesta a un litigio en el que está en juego la retribución de los trabajadores desplazados. Si bien, a la luz de sus declaraciones, es posible identificar los principios que han de ponerse en marcha, en la individualización de la nacionalidad del ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones laborales afectadas por un desplazamiento transnacional y, en particular, al salario vinculado a las mismas, cuando se plantea una posible lesión del derecho a la libre prestación de servicios —principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad—. Estos principios constituyen una repetición de los afirmados por el Tribunal de Justicia, en otros pronunciamientos. Partiendo de ellos, la Sentencia *Seco* afirma la posibilidad de que las normas y los convenios colectivos del Estado de acogida se apliquen a los empleados desplazados, incluso en la parte que regulan el salario mínimo. Si bien, añade que ello no justifica la imposición de una normativa o práctica que prevé una carga social o parasocial a un empresario que desplaza a trabajadores nacionales de países terceros, que están afiliados obligatoriamente al régimen de Seguridad Social del Estado de origen, en tanto en cuanto no garantiza el cumplimiento de los instrumentos jurídicos que recogen el salario mínimo en el Estado de acogida y no beneficia a los trabajadores desplazados (apartado 14, asunto *Seco*). Por su parte, dentro del interés general unido al principio de necesidad, la Sentencia *Webb* sitúa los intereses de los trabajadores y las buenas relaciones en el mercado laboral (apartados 18 y 19, asunto *Webb*)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La Sentencia *Webb* admite que es posible que se exija a una empresa extranjera dedicada a la cesión de mano de obra la obtención de una autorización en el país de acogida, «aun cuando sea titular de una autorización concedida por el Estado de establecimiento, siempre que, por una parte, al examinar las solicitudes de autorización o al concederlas, el Estado miembro destinatario de la prestación no haga ninguna distinción por razón de la nacionalidad o del lugar de establecimiento del prestador y, por otra, tenga en cuenta la documentación acreditativa y las garantías ya aportadas por el prestador para el ejercicio de su actividad en el Estado miembro de establecimiento» (apartado 21, asunto *Webb*). En cambio, excluye esta solución, «si las exigencias a que estuviera sujeta la concesión de una

Posteriormente, la STJCE de 27 de marzo de 1990, asunto *Rush Portuguesa*, núm. C-113/89, además de afirmar la posibilidad de aplicar la legislación y los convenios colectivos del Estado de acogida, separa abiertamente los desplazamientos transnacionales de la libertad de circulación de trabajadores. En un momento en el que los mercados laborales de los diversos Estados miembros no estaban tan interrelacionados como en la actualidad, declara que los empleados desplazados transnacionalmente —que, en el litigio principal, desarrollaban trabajos de construcción y obras públicas— no acceden, en ningún momento, al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida, porque vuelven a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión y, consecuentemente, no pueden perturbarlo (apartado 15, asunto *Rush Portuguesa*)<sup>8</sup>. Y añade que ésta es una regla general que puede ser excepcionada, cuando se produce un desplazamiento de trabajadores con fundamento en el ejercicio de actividades de cesión de mano de obra<sup>9</sup>; y que, además, es ajena a las situaciones en las que los trabajadores ejercen directamente su libertad de circulación, situándose, por propia iniciativa, en el mercado de trabajo de un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidos (apartados 14 y 15, asunto *Rush Portuguesa*).

Con este conjunto de consideraciones, el Tribunal de Justicia admite la discriminación de los empleados movilizados, respecto a los pertenecientes al Estado miembro de destino, con el fin de proteger el ejercicio de la libertad de prestación de servicios por el empresario del Estado de origen. De modo que la virtualidad práctica del amparo de los intereses de los trabajadores se encuentra condicionada a que la aplicación de la normativa del Estado de destino no vulnere la libertad de prestación de servicios en los tér-

---

autorización constituyeran una repetición de las justificaciones y garantías exigidas en el Estado de establecimiento» (apartado 20, asunto *Webb*).

<sup>8</sup> Esta sentencia declara que un Estado miembro no puede prohibir a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal, ni someter este desplazamiento a condiciones restrictivas, como la contratación *in situ* o la obligación de ser titular de un permiso de trabajo. «El hecho de imponer tales condiciones al prestador de servicios de otro Estado miembro lo discrimina con respecto a sus competidores establecidos en el país de acogida, que pueden servirse libremente de su propio personal, y afecta además a su capacidad para llevar a cabo la prestación» (apartado 12, asunto *Rush Portuguesa*).

<sup>9</sup> En el asunto *Webb*, el Tribunal de Justicia señaló que «aunque es cierto que a los trabajadores empleados por empresas de cesión de mano de obra puede, llegado el caso, aplicárseles lo dispuesto en los arts. 48 a 51 del Tratado y en los Reglamentos comunitarios adoptados para su ejecución, este hecho no priva a las empresas que emplean a dichos trabajadores del carácter de empresas de prestación de servicios comprendidas en el ámbito de aplicación de los arts. 59 y siguientes del Tratado» (apartado 10, asunto *Webb*).



minos señalados por la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo, cuando se enfrenta a los supuestos en los que los trabajadores ejercen por propia iniciativa el ejercicio de la libertad de circulación, el Tribunal de Justicia estima que debe asegurarse la ausencia de toda discriminación entre los empleados nacionales y los procedentes de otros Estados miembros, procurando, de este modo, desmercantilizar una mera libertad económica y defendiendo para el migrante comunitario un estatus de ciudadanía social<sup>10</sup>.

La postergación de los intereses de los trabajadores y, correlativamente, la mayor protección de la libre prestación de servicios se ve incrementada, con la recepción en el ámbito de los desplazamientos transnacionales de la prohibición de restricción. Así, la STJCE de 9 de agosto de 1994, asunto *Vander Elst*, núm. C-43/93, al igual que lo hará posteriormente la Sentencia *Finalarte*, repite lo señalado en el asunto *Rush Portuguesa* respecto a la no integración en el mercado laboral del Estado de acogida de los trabajadores objeto de un desplazamiento transnacional. Pero, además, atrae a este ámbito la doctrina, expresada, entre otros, en el asunto *Säger*<sup>11</sup>, que entiende que es cierto que debe eliminarse toda discriminación que afecte a los empresarios del Estado de origen; pero también la necesidad de eliminar cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, si prohíbe u obstaculiza las actividades de estos últimos (apartado 14, asunto *Säger*)<sup>12</sup>. De modo que, a partir del asunto *Vander Elst*, el principio antidiscriminatorio pasa a ocupar un papel secundario, habiéndose señalado por un sector de la doctrina científica que, incluso, puede entenderse superado<sup>13</sup>.

Prácticamente dos años más tarde, la STJCE de 28 de marzo de 1996, asunto *Guiot*, núm. C-272/94, recoge esta doctrina y expone la forma

<sup>10</sup> A. ESTEVE SEGARRA, «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y *dumping* social», *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2015), pp. 27-41.

<sup>11</sup> STJCE de 25 de julio de 1991, asunto *Säger*, núm. C-76/90.

<sup>12</sup> En el supuesto enjuiciado, se encontraba en juego el permiso de trabajo. Al respecto, el Tribunal de Justicia señala que «los arts. 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro obligue a las empresas que, establecidas en otro Estado miembro, presten servicios en su territorio empleando de modo regular y habitual nacionales de Estados terceros, a obtener, para estos trabajadores, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración y a pagar los gastos correspondientes bajo pena de una multa administrativa» (apartado 26, asunto *Vander Elst*).

<sup>13</sup> M. LLOBERA VILA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blach, 2013, pp. 68 y 69.

en la que deben articularse los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad<sup>14</sup>.

### **3. Las primeras sentencias que se pronuncian en litigios en los que se cuestiona la nacionalidad del régimen jurídico aplicable a la retribución de los trabajadores desplazados**

#### *A. Los avances y los retrocesos de la actuación de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad*

Tras la publicación de la Directiva 96/71/CE, el Tribunal de Justicia elabora las primeras sentencias que afectan a litigios en los que se plantean cuestiones vinculadas directamente a la retribución de los trabajadores desplazados, aunque referidas a hechos acaecidos antes de que transcurriera su plazo de transposición. En la mayoría de estas sentencias, el Alto Tribunal concreta elementos del régimen jurídico del salario mínimo, sin contradecir la línea marcada por la citada Directiva, a pesar de que, por razones temporales, no resultaba de aplicación.

Las respuestas que da el Tribunal de Justicia se encuentran directamente vinculadas, al contenido que otorga al concepto de interés general. No se puede dejar de lado que el principio de necesidad obliga a comprobar, si la aplicación de los instrumentos jurídicos del Estado de acogida limita el ejercicio de la libre prestación de servicios; y, en caso afirmativo, si dichos instrumentos pretenden proteger un interés general. Lógicamente, el contenido que se da a este interés general condiciona la actuación del principio de razonabilidad o no duplicidad, ya que exige constatar si el susodicho interés se encuentra garantizado y en qué medida, por las normas del Estado de origen. Y, asimismo, la puesta en práctica del principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto hace necesario ponderar la posibilidad de obtener el mismo resultado a través de medidas menos gravosas que las pretendidas por el Estado de acogida; es decir, constatar si las medidas contenidas en el Derecho de este Estado son adecuadas para

---

<sup>14</sup> Esta sentencia declara contraria a la libre prestación de servicios la obligación de pagar cotizaciones en concepto de derechos de timbres de fidelidad y de timbres de mal tiempo impuesta a la empresa del Estado de origen, cuando ya está obligada a satisfacer cotizaciones similares en el Estado en el que está establecida por los mismos trabajadores y períodos de tiempo.

garantizar la satisfacción del interés general y no van más allá de lo necesario para hacerlo.

Ahora bien, la disparidad de criterios que contienen las sentencias que se analizan en este epígrafe, al igual que las que se citan en los siguientes apartados de este estudio, pone de manifiesto que el concepto de interés general ha sido concretado por el Tribunal de Justicia, en función de lo que ha estimado conveniente en cada supuesto particular. Y, en el asunto *Portugaia Construções*, además, lo hace sin valorar la tendencia del legislador comunitario, concretada en la ya existente Directiva 96/71/CE, de garantiza los derechos de los trabajadores desplazados, a la par que la competencia leal entre las empresas de los diversos Estados miembros<sup>15</sup>. Pero ello no es de extrañar, porque posteriores sentencias que se encargan de interpretar esta Directiva contienen una solución idéntica. Por otro lado, cuando pone en funcionamiento el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia se preocupa, en algunas ocasiones, en destacar que el distanciamiento de sus palabras, respecto a las vertidas en sentencias anteriores, se debe a las diferencias presentes entre los supuestos de hecho a los que atiende. No obstante, no siempre estas diferencias justifican sus diferentes respuestas, estando realmente destinadas a proteger la libre prestación de servicios del empresario del Estado de origen, atendiendo al interés general que previamente fija y pasando por alto aquellas circunstancias que pueden llevar a afirmar la aplicación de los mandatos contenidos en el Derecho del Estado de destino. Lógicamente, este modo de actuar genera una importante dosis de inseguridad jurídica, en los actores que intervienen en los desplazamientos transnacionales.

B. *El asunto Arblade: la vinculación de la aplicación de las normas legales y los convenios colectivos del Estado de acogida a su accesibilidad y suficiente precisión*

Dentro del interés general al que se encuentra unido el principio de necesidad, la STJCE de 23 de noviembre de 1999, asunto *Arblade*,

---

<sup>15</sup> Sin embargo, sí valoró expresamente la existencia de esta norma comunitaria, en el asunto *Arblade*. Literalmente, afirma que «las disposiciones de la Directiva 96/71 no estaban en vigor en el momento de los hechos del asunto principal. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que el órgano jurisdiccional remitente tenga en cuenta, conforme a un principio de su Derecho penal, las disposiciones más favorables de la Directiva 96/71 en orden a las necesidades de la aplicación del Derecho interno, aunque el Derecho comunitario no establezca obligación alguna en este sentido» (apartado 29, asunto *Arblade*).

núms. C-369/96 y C-376/96, sitúa la protección de los trabajadores, sin eliminar expresamente la posibilidad de incluir el objetivo de evitar el *dumping* social. Y afirma que la retribución prevista en el Estado de acogida a la que, en su caso, tienen derecho los empleados desplazados es el salario mínimo tal y como se define en las disposiciones legales y en los convenios colectivos de ese país —en el litigio principal, el Estado de acogida era Bélgica y el Estado de origen Francia—. Asimismo, por primera vez, declara que dicho salario puede aplicarse, si las disposiciones legales y los convenios colectivos que lo prevén son «suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil que (el) empresario (del Estado de origen) conozca las obligaciones que debe cumplir. (Correspondiendo) al juez nacional comprobar [...] cuáles son las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional que pueden aplicarse a un empresario de otro Estado miembro y, en su caso, cuál es el salario mínimo que establecen» (apartados 43 y 44, asunto *Arblade*). Hoy en día, debe tenerse en cuenta que el art. 5 de la Directiva 2014/67/UE, con una referencia especial a los convenios colectivos, declara que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que la información sobre las condiciones de empleo a las que se refiere el art. 3 de la Directiva 96/71/CE se dé a conocer gratuita y públicamente de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a distancia y por medios electrónicos<sup>16</sup>.

No obstante, con una argumentación demasiado superficial, el asunto *Arblade* excluye del concepto de salario mínimo complementos que se calculan partiendo de su cuantía. Concretamente, los «timbres de fidelidad» y los «timbres de mal tiempo», estando estos últimos destinados a completar el salario los días en los que el mal tiempo impide el normal desarrollo del trabajo<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Respecto a los convenios colectivos, declara que «si [...] las condiciones de trabajo y empleo a las que se refiere el art. 3 de la Directiva 96/71/CE se establecen en convenios colectivos de acuerdo con su art. 3, apartados 1 y 8, los Estados miembros garantizarán que dichas condiciones se den a conocer a los prestadores de servicios de otros Estados miembros y a los trabajadores desplazados de una manera accesible y transparente, y tratarán de incluir a los interlocutores sociales en esta labor. La información pertinente deberá incluir, en particular, la relativa a las diferentes cuantías de salario mínimo y sus conceptos constitutivos, al método utilizado para calcular la remuneración y, en su caso, a los criterios cualitativos de clasificación en las diferentes categorías salariales» (art. 5 de la Directiva 2014/67/UE).

<sup>17</sup> Así, «puesto que la cantidad que debe pagarse en concepto de los regímenes de “timbres de fidelidad” y de “timbres de mal tiempo” se calcula en relación con el salario mínimo bruto, no puede formar parte integrante de éste [...]. En estas circunstancias, parece exclu-

C. *El asunto Mazzoleni: la inclusión de la coherencia de los convenios colectivos del país de origen dentro del concepto de interés general y la comparación global de ordenamientos jurídicos*

La STJCE de 15 de marzo de 2001, asunto *Mazzoleni*, núm. C-165/98, incorpora en el concepto de interés general, junto a la protección de los trabajadores, la variable de la preservación del sistema de relaciones laborales del Estado de origen, en la medida en la que afirma la oportunidad de garantizar la coherencia de los convenios colectivos de dicho país<sup>18</sup>. Ello le permite afirmar que resulta desproporcionado imponer a las empresas que efectúan un desplazamiento temporal la obligación de pagar la retribución mínima fijada en el Estado de acogida a trabajadores fronterizos que realizan tareas de vigilancia y seguridad, a tiempo parcial y durante breves períodos de tiempo, en el territorio de uno o varios Estados miembros distintos (apartado 41, asunto *Mazzoleni*). Más concretamente, afirma que una práctica como la que se acaba de describir, además de aumentar las cargas administrativas de la empresa del Estado de origen<sup>19</sup>, permite el pago de salarios de diferente cuantía a trabajadores que dependen del mismo centro de operaciones y realizan idéntico trabajo, pudiendo derivadamente provocar tensiones entre los trabajadores y poner en peligro la coherencia de los convenios colectivos del mencionado Estado de origen. Para sostener su posición, el Tribunal de Justicia también destaca las diferencias que existen entre el supuesto al que atiende el asunto *Mazzoleni* y aquellos a los que lo hacen los asuntos *Seco*, *Guiot* y *Arblade*. En estos últimos, los trabajadores afectados pertenecían al sector de la construcción y habían sido desplazados, durante un período más o menos largo de tiempo, al objeto de realizar un proyecto determinado en el Estado de acogida,

do, y sobre este extremo deberá pronunciarse el juez nacional, que las ventajas que los regímenes de “timbres de fidelidad” y de “timbres de mal tiempo” garantizan a los trabajadores constituyan un elemento que deba computarse para determinar la cuantía del salario mínimo que se acusa a *Arblade* de no haber pagado» (apartados 46 y 47, asunto *Arblade*). Por lo demás, este pronunciamiento, que también afecta al sector de la construcción, repite el razonamiento del asunto *Guiot*, respecto a la cotización a los regímenes de «timbres de mal tiempo» y de «timbres de fidelidad».

<sup>18</sup> M. LLOBERA VILA, «Las medidas estatales de prevención del *dumping* social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia *Bundesdruckerei*», *Lex Social*, núm. 1 (2015), p. 949.

<sup>19</sup> «Como las que supone, en su caso, el cálculo, hora a hora, de la retribución correspondiente a cada trabajador según haya atravesado o no, durante su trabajo, la frontera de otro Estado miembro» (apartado 36, asunto *Mazzoleni*).

da (apartado 51, asunto *Mazzoleni*). Y, añadimos, en el asunto *Mazzoleni* incluso podría ponerse en tela de juicio la existencia de un verdadero desplazamiento transnacional.

No obstante, por sus implicaciones para los intereses de los trabajadores y de los empresarios, debe tenerse en cuenta que, en el momento en el que transcurren los hechos a los que atiende esta sentencia, por el mismo empleo de vigilante en unos grandes almacenes el salario mínimo por hora en el país de acogida —Bélgica— era casi un 50 por 100 más elevado que el previsto en el país donde estaba establecida la empresa —Francia—. De manera que empleados que realizaban un mismo trabajo en el Estado de acogida para empresarios distintos cobraban un salario de cuantía muy diferente, en función de que hubieran sido contratados por una empresa establecida en el Estado de origen o en el Estado de destino. Lo que indudablemente, además de perjudicar a los trabajadores desplazados, favorece el *dumping* social intracomunitario o, con otras palabras, el establecimiento de las empresas en Estados miembros con costes de mano de obra más bajos y la igualación a la baja de las condiciones de trabajo en el seno de la Unión Europea. Actualmente, el art. 4 de la Directiva 2014/67/UE contiene medidas destinadas a terminar con las situaciones en las que una empresa se establece en un Estado miembro, pero limita sus actividades en el mismo a las de naturaleza administrativas o de gestión interna, desarrollando el contenido de los contratos de trabajo que suscribe en un país diferente<sup>20</sup>.

Además, en el ámbito del principio de razonabilidad o no duplicidad, la sentencia *Mazzoleni* impone, por primera vez, una comparación global de las normativas del Estado miembro de origen y del Estado miembro de destino, que, como tal, no debe limitarse al salario mínimo, sino que ha de alcanzar a otros elementos de la protección social de los trabajadores. En este orden de ideas, señala que «si todos los trabajadores afectados disfrutan de una situación equivalente en su conjunto en lo que atañe a las retribuciones, la fiscalidad y las cargas sociales en el Estado miembro de

---

<sup>20</sup> Al igual que la elaborada en el asunto *Finalarte*, la Sentencia *Mazzoleni* contiene una serie de pautas que ayudan a delimitar la forma en la que debe actuar el principio de proporcionalidad. Así, destaca que «las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, para determinar si la aplicación de la normativa propia que establece un salario mínimo resulta necesaria y proporcionada, deberán evaluar todos los elementos pertinentes. Esta evaluación requiere, por un lado, que dichas autoridades tengan en cuenta, entre otros extremos, la duración de las prestaciones de servicios y la previsibilidad de las mismas, así como el hecho de que los empleados sean efectivamente desplazados al Estado miembro de acogida o sigan estando vinculados al centro de operaciones de su empresario en el Estado miembro de establecimiento de éste» (apartados 37 y 38, asunto *Mazzoleni*).

acogida y en el Estado miembro de establecimiento, cabe considerar que se ha alcanzado el objetivo del Estado miembro de acogida de garantizar a los empleados de tales prestadores de servicios el mismo nivel de protección social que se aplica en su territorio a los trabajadores del mismo sector» (apartado 35, asunto *Mazzoleni*). Pero esta labor de comparación es tremendamente difícil de realizar y no ofrece ningún grado de seguridad, porque el Tribunal de Justicia no determina, con la suficiente precisión, todos los pasos que se deben seguir en su desarrollo, favoreciendo la existencia de interpretaciones diversas, en función del país ante el que nos situemos<sup>21</sup>.

D. *El asunto Portugaia Construções: la exclusión de la protección de las empresas nacionales del concepto de interés general*

La STJCE de 24 de enero de 2002, asunto *Portugaia Construções*, núm. C-164/99, se aleja de aquéllas en las que el Tribunal de Justicia declara que se encuentran conectadas con el interés general la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y la que merece el propio mercado laboral —entre otros, asuntos *Rush Portuguesa* y *Webb*—. Y ello, porque excluye la protección de las empresas nacionales y, en general, los objetivos de carácter económico, del ámbito propio del mencionado interés. Trayendo a colación la doctrina contenida en el asunto *Finalarte*, afirma que en la búsqueda de la finalidad de una norma, el contenido de su exposición de motivos constituye un simple indicio, puesto que lo verdaderamente importante es comprobar objetivamente, si la norma en cuestión garantiza la protección de los trabajadores y, más concretamente, si supone para éstos «una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social» (apartado 29, asunto *Portugaia Construções*). En este asunto, la norma cuya aplicación se discute es una ley alemana, la Ley sobre el Desplazamiento de Trabajadores, en su versión de 26 de febrero de 1996, que prevé que los convenios colectivos declarados de aplicación general vinculan al empresario del Estado de origen —en el litigio principal, Portugal—, siempre que realice principalmente presta-

<sup>21</sup> No obstante, un sector de la doctrina científica estima que la comparación global a la que apela el Tribunal de Justicia es adecuada, al situarse entre las soluciones opuestas de aplicar totalmente la normativa del Estado de destino y la articulación del Derecho del Estado de origen. Véase ROBIN-OLIVER, citado por J. M. GOERLICH PESET, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*, Madrid, CES, 2011, p. 85.

ciones en la construcción y que el Derecho alemán no sea determinante para la relación laboral<sup>22</sup>.

Por otro lado, la Sentencia *Portugaia Construções* declara que la estructura de la negociación colectiva del Estado de destino puede llevar implícito un obstáculo injustificado, al ejercicio de la libertad de prestación de servicios. A lo que añade que esto es lo que sucede, con la posibilidad, negada a los empresarios del Estado de origen, de celebrar convenios colectivos de distinto ámbito que prevalecen, en principio, sobre los convenios colectivos generales y que permite que un empresario alemán pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo declarado de aplicación general (apartado 35, asunto *Portugaia Construções*). De modo que no valora que el abono del salario mínimo contribuye de forma significativa a la protección social de los trabajadores, así como a la defensa del mercado nacional del Estado de destino<sup>23</sup>. Todavía más, si se llevara la doctrina contenida en esta sentencia hasta sus últimas consecuencias, se vaciaría de contenido la garantía de la aplicación de la norma colectiva del Estado de destino, porque la sola y eventual posibilidad de que los ordenamientos nacionales reconozcan fórmulas de descuelgue de las condiciones contempladas en el convenio colectivo cuya aplicación se discute comportaría la inaplicación de este acuerdo colectivo<sup>24</sup>.

No obstante, como se desprende de lo señalado en las siguientes páginas, el Tribunal de Justicia repite la doctrina contenida en el asunto *Portugaia Construções*, al interpretar la Directiva 96/71/CE.

---

<sup>22</sup> Esta norma, en su exposición de motivos, junto a la finalidad de proteger a las empresas alemanas, sitúa otra de naturaleza sociolaboral. Concretamente, pretende «proteger el mercado nacional —en especial ante el *dumping* social provocado por la afluencia de trabajadores dispuestos a trabajar por una retribución—, reducir el desempleo nacional y posibilitar la adaptación de las empresas alemanas al mercado interior» (Exposición de Motivos de la Ley alemana sobre el Desplazamiento de Trabajadores). En el asunto *Finalarte*, la ley poseía como objeto fundamental luchar contra la competencia desleal ejercida por las empresas europeas que abonan salarios bajos.

<sup>23</sup> B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, «*Portugaia Construções*: ¿una anticipación de la constitucionalización del *dumping* social? (STJCE de 24 de enero de 2002, asunto C-164/99)», en J. GÁRATE CASTRO (coord.), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 201-202.

<sup>24</sup> D. MARTÍNEZ FONS, *Libre competencia y derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 81 y 82.



### III. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA 96/71/CE

#### 1. Las reglas que intervienen en la individualización de la normativa aplicable a la retribución de los trabajadores desplazados

En la determinación de la normativa aplicable a la retribución de los trabajadores que son objeto de un desplazamiento transnacional, interviene, en una fase inicial, el Convenio de Roma y, más tarde, el Reglamento Roma I, que sustituye al primero<sup>25</sup>. Ahora bien, ambos cuerpos normativos entienden que el lugar de prestación habitual de servicios no se ve alterado, cuando un trabajador es objeto de un desplazamiento temporal (arts. 6 del Convenio de Roma y 8.4 del Reglamento Roma I); y, de este modo, permiten la exportación de la ley rectora del contrato de trabajo, salvo si choca con las leyes de policía del lugar de prestación de servicios (arts. 7 del Convenio de Roma y 9 del Reglamento Roma I).

Distanciándose de la mandatos contenidos en el Convenio de Roma y en el Reglamento Roma I, la Directiva 96/71/CE constituye un instrumento que pretende garantizar la aplicación de algunos pasajes de la normativa del Estado de acogida, junto a la ley rectora del contrato de trabajo, como ya se ha señalado anteriormente, con la doble finalidad declarada, aunque no siempre correctamente atendida a lo largo de su articulado, de favorecer «un clima de competencia leal y medidas que garanticen [...] los derechos de los trabajadores» (considerando 5.º de la Directiva 96/71/CE), en

---

<sup>25</sup> El Convenio de Roma, al igual que la norma que le sustituye, articula, de un modo particular, los tres principios rectores del tráfico externo. En primer lugar, recoge el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que preceptúa que lo primero que debe comprobarse es si existe acuerdo entre los protagonistas de las relaciones laborales. En segundo lugar, consagra el principio de protección de la parte más débil, en la medida en la que la elección de la ley aplicable no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionarían las disposiciones imperativas de la norma que sería aplicable a falta de elección; de manera que si esta última concede al empleado más derechos que la norma elegida por ambos contratantes, deberá articularse, en detrimento de la concretada en el acuerdo. Y, en tercer lugar, en aquellos supuestos en los que no se haya producido elección por las partes, entrará en juego el principio de proximidad. Al efecto, el Convenio de Roma establece un sistema mixto que está compuesto por unos puntos de conexión rígidos y objetivos, a los que suma un punto de conexión flexible. Los primeros son el lugar en el que el trabajador presta habitualmente sus servicios y aquel en el que se encuentra el establecimiento contratante. El criterio flexible lleva a aplicar la ley del lugar con el que el litigio tiene los vínculos más estrechos, en aquellas situaciones en las que la conexión no está garantizada suficientemente, con la articulación de los criterios rígidos. Lo que significa que estos últimos sólo pueden actuar, cuando el contrato de trabajo no tiene vínculos más estrechos con otro país.

la línea marcada por los asuntos *Mazzoleni* y *Webb*, y, por el contrario, lejos de los asuntos *Portugaia Construções* y *Finalarte*. Para la satisfacción de estos objetivos, establece «un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida (del Estado de origen)» (considerando 13.º de la Directiva 96/71/CE). Siendo su art. 3.1 el encargado de enumerar las materias que caen dentro del ámbito de esta protección mínima, es decir, aquellas que se encuentran sujetas al ordenamiento jurídico del Estado de acogida.

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia comunitaria anterior<sup>26</sup>, la protección mínima otorgada por la Directiva 96/71/CE alcanza a «las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias» (art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE); aunque esta norma comunitaria no proporciona demasiados elementos que sirvan para delimitar el contenido de dicho salario mínimo, salvo la inclusión de la retribución correspondiente a las horas extraordinarias, la exclusión de los regímenes complementarios de jubilación profesional y las precisiones que realiza su art. 3.7, en el ámbito de los complementos vinculados a los desplazamientos. Respecto a los elementos de la retribución que no caen dentro del salario mínimo, la Directiva 96/71/CE permite la continuidad jurídica del contrato de trabajo en el espacio, aun a costa de quebrar el principio de territorialidad y, consecuentemente, la existencia de una zona de libre competencia. Y, si bien es cierto que su art. 3.10 otorga a los Estados miembros la facultad de imponer a las empresas nacionales y a las empresas de otros países, en virtud de disposiciones de orden público, condiciones de trabajo y empleo en materias diferentes de las enumeradas en su art. 3.1, esta posibilidad ha sido interpretada de manera restrictiva por el Tribunal de Justicia. Además, deben tenerse en cuenta las excepciones contempladas en los apartados segundo, tercero, cuarto y quinto del art. 3 de esta norma comunitaria.

Por otro lado, para prevalecer sobre la ley rectora del contrato de trabajo, las normas que contienen el régimen del salario mínimo en el Estado de acogida han de ser más beneficiosas para los trabajadores que las del Estado de origen. Pero, debido a que no hay más indicaciones que la general contenida en el párrafo segundo del art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE, la elección de la ley más favorable constituye una operación compleja en la que pueden surgir importantes problemas, a la hora de individualizar el

---

<sup>26</sup> Así, lo pone de manifiesto, entre otras, la STJUE de 14 de abril de 2005, asunto *Comisión v. Alemania*, núm. C-341/02.

método que debe seguirse, qué elementos han de entrar en la comparación y poner todo ello, en relación con el salario mínimo efectivamente pagado por los empresarios<sup>27</sup>.

Además, las normas del Estado de acogida han de ser normas legales, reglamentarias, administrativas y/o convenios colectivos y laudos arbitrales declarados de aplicación general; estos dos últimos instrumentos jurídicos lo serán, en la medida en que se refieran a las actividades contempladas en el Anexo de la Directiva 96/71/CE, que recoge todas las relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones (art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE). No obstante, la Directiva 96/71/CE, en su art. 3.8, deja en manos de los Estados miembros la decisión de acudir a convenios o laudos arbitrales con un amplio ámbito de aplicación en los términos fijados en este mismo precepto, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales. Y, de otro lado, en su art. 3.10, contiene la posibilidad de que los Estados miembros impongan condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales referidas a actividades distintas de las contempladas en su Anexo. Pero, como se puede comprobar con la lectura de las siguientes páginas, ambos mandatos han sido interpretados restrictivamente por el Tribunal de Justicia.

## 2. La interpretación de la Directiva 96/71/CE por el Tribunal de Justicia

### A. La discutida doctrina de la jurisprudencia comunitaria

La doble finalidad de la Directiva 96/71/CE podía hacer pensar que, una vez finalizado su plazo de transposición, se produciría un giro definitivo, en la doctrina de la jurisprudencia comunitaria que equilibraría la protección de la libertad de prestación de servicios y la que merece el resto de los intereses presentes en los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Como señala la STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto *Wolff & Müller*, núm. C-60/03, «no existe necesariamente una contradicción entre el objetivo de mantener la competencia leal, por una parte, y el de garantizar la protección de los trabajadores, por otra» (apartado 42, asunto *Wolff & Müller*). No obstante, la labor del Tribunal de Justicia ha seguido colo-

<sup>27</sup> M. LLOBERA VILA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores...*, op. cit., pp. 209 y ss.

cando en un segundo plano los derechos de los trabajadores, incluso los de naturaleza colectiva, hasta el extremo de que se ha llegado a señalar que si se aplicara plenamente la doctrina de la jurisprudencia comunitaria a la Directiva 96/71/CE, buena parte de su contenido debería considerarse contrario a la libre prestación de servicios<sup>28</sup>.

El Tribunal de Justicia afirma la necesidad de que las libertades comunitarias se sopesen con los objetivos sociales comunitarios en juego, si es necesario decidir si aquéllas han de sufrir una concreta limitación. Pero cuando aplica esta pauta general al caso concreto, su respuesta se inclina, en favor de la actuación de las libertades económicas y, correlativamente, en detrimento de los derechos sociales. Y lo que era una directiva de disposiciones mínimas queda convertida, en una directiva de disposiciones máximas<sup>29</sup>; o, con otras palabras, en una norma que establece un máximo común, un techo insuperable que fija la frontera del ámbito en el que los Estados miembros pueden exigir el respeto de las condiciones de trabajo fijadas en su Derecho interno a las empresas extranjeras que poseen trabajadores desarrollando temporalmente servicios en su territorio. Esta frontera debe ser respetada por los Estados miembros, al margen de que su respeto niegue derechos de ciudadanía social en el país de acogida ya reconocidos a los empleados extranjeros extracomunitarios; y, asimismo, se favorezca la generalización del *dumping* social y la igualación a la baja de los costes salariales<sup>30</sup>.

Todavía más, la doctrina de la jurisprudencia comunitaria choca, con la necesaria protección de los trabajadores a la que apela el Parlamento Europeo<sup>31</sup>; y, por otro lado, con la jurisprudencia anticrisis elaborada por el Comité Europeo de Derechos Sociales y, muy especialmente, con su decisión de fondo de 3 de julio de 2013 (Reclamación núm. 85/2012), que considera contraria al art. 6.2 de la Carta Social Europea la modificación que Suecia introdujo en su legislación al objeto de ajustarla a la doctrina contenida en la Sentencia *Laval*<sup>32</sup>. Además, aunque no se puede dejar de

<sup>28</sup> Con cita de DAVIS, véase D. MARTÍNEZ FONS, *Libre competencia y derecho del trabajo*, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

<sup>29</sup> M. LLOBERA VILA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores...*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

<sup>30</sup> A. ESTEVE SEGARRA, «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 27 y ss.

<sup>31</sup> Resolución de 13 de marzo de 2014 del Parlamento Europeo, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa [2014/2007 (INI)].

<sup>32</sup> Con ello, queda en entredicho el papel que posee el Tribunal de Justicia, en el ámbito de los derechos reconocidos, entre otros instrumentos jurídicos, en la Carta de Derechos

lado que las Sentencias *Sähköalojen ammattiliitto ry* y *Regio Post GmbH* se inclinan, por la protección de los derechos de los trabajadores, más que las que les han precedido en el tiempo, no han variado, o, al menos, no lo han hecho de manera abierta y adecuada, la doctrina de la jurisprudencia comunitaria que permite afirmar que la Directiva 96/71/CE es una directiva de máximos. Debe tenerse en cuenta que, en los asuntos que se acaban de mencionar, no está en juego, en principio, la aplicación de los arts. 3.8, segundo párrafo, y 3.10 de la Directiva 96/71/CE.

Como señala, entre otras instituciones, el Parlamento Europeo, las incoherencias y las deficiencias de la legislación comunitaria han facilitado las declaraciones vertidas por el Tribunal de Justicia, a pesar de ser ajenas a las finalidades a las que atiende la Directiva 96/71/CE. El propio Parlamento Europeo ha puesto de manifiesto que esta directiva no prohíbe a los Estados miembros y a los interlocutores sociales exigir condiciones más favorables en favor de la igualdad de trato de los trabajadores, así como que los derechos sociales fundamentales no están subordinados a los derechos económicos, en una jerarquía de libertades fundamentales. De acuerdo con ello, en su día, declaró que era necesario llevar a cabo actuaciones tendentes a conseguir el equilibrio entre ambos tipos de derechos, incluidas las destinadas a luchar contra las «empresas buzón»<sup>33</sup> y la revisión parcial de la Directiva 96/71/CE, tras un análisis pormenorizado, a escala nacional, de los retos concretos a los que se enfrentan los distintos modelos de convenios colectivos. No se puede olvidar que muchas de las dificultades interpretativas que esta norma ha generado derivan de las grandes diferencias que existen entre los regímenes jurídicos de los sistemas de relaciones laborales y de negociación colectiva de los Estados miembros; diferencias que han crecido, con la incorporación de nuevos Estados miembros.

Ahora bien, la ausencia de un adecuado consenso político impide, de momento, la reforma de la Directiva 96/71/CE; y, sin embargo, la presencia de un consenso político suficiente al respecto ha permitido la elaboración de la Directiva 2014/67/UE, que recoge la llamada «cláusula Monti»,

---

Fundamentales de la Unión Europea. Véase C. SALCEDO BELTRÁN, «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales (a propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)», *Revista de Derecho Social*, núm. 67 (2014), pp. 137 y 138.

<sup>33</sup> Siguiendo literalmente lo dispuesto en su Resolución legislativa de 30 de septiembre de 2008, sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea [2008/2085 (INI)], estas empresas «son aquellas que no se dedican a negocios verdaderos y efectivos en el país de establecimiento, sino que han sido creadas, a veces incluso directamente por el principal contratista en el país de acogida, con el único fin de eludir la plena aplicación de las normas de este país, sobre todo en lo que respecta a los salarios y las condiciones de trabajo».

con una clara inspiración en las Sentencias *Viking* y *Laval* (art. 1.2 de la Directiva 2014/67/UE)<sup>34</sup>.

B. *La interpretación de la Directiva 96/71/CE como una directiva de máximos. Un análisis particular de los asuntos Laval, Rüffert y Comisión/Luxemburgo*

Las sentencias *Viking*<sup>35</sup>, *Laval*<sup>36</sup> y *Rüffert*<sup>37</sup> constituyen la materialización de los primeros pronunciamientos en los que el Tribunal de Justicia analiza la relación que mantiene el ejercicio de los derechos sociales fundamentales de carácter colectivo, con las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios. A estas sentencias siguieron otras, como las vinculadas a los asuntos *Comisión v. Luxemburgo*<sup>38</sup> y *Comisión v. Alemania*<sup>39</sup>. Partiendo de la doctrina contenida en todas ellas, los desplazamientos transnacionales constituyen un pretexto de la inaplicación de la legislación laboral y de la actuación de la autonomía colectiva del Estado de acogida, sin importar que, como se ha avanzado en el anterior epígrafe, queden lesionados los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, tanto de las organizaciones sindicales y de los trabajadores del Estado de destino, como de los trabajadores desplazados<sup>40</sup>. Este pernicioso resultado es, en parte, el resultado de una interpretación muy rígida de lo ordenado en los arts. 3.8, segundo párrafo, y 3.10 de la Directiva 96/71/CE.

Concretamente, la Sentencia *Laval* da respuesta a un supuesto en el que en el país de acogida, Suecia, los interlocutores sociales eran los encar-

---

<sup>34</sup> J. A. TORMOS PÉREZ, «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE», *Revista de Información Laboral*, núm. 5 (2015), pp. 25 y ss. El art. 1.2 de la Directiva 2014/67/UE señala que esta norma «no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a nivel de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos y adoptar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con el Derecho o las prácticas nacionales».

<sup>35</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto *Viking Line*, núm. C-438/05.

<sup>36</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Laval*, núm. C-341/05.

<sup>37</sup> STJCE de 3 de abril de 2008, asunto *Rüffert*, núm. C-346/06.

<sup>38</sup> STJUE de 19 de junio de 2008, asunto *Comisión v. Luxemburgo*, núm. C-319/06.

<sup>39</sup> STJUE de 15 de julio de 2010, asunto *Comisión v. Alemania*, núm. C-271/08.

<sup>40</sup> Con cita de DAVIS, véase D. MARTÍNEZ FONS, *Libre competencia y derecho del trabajo*, op. cit., pp. 75 y 76.

gados de fijar, vía negociación colectiva, las cuantías del salario. En el sector de la construcción, este sistema implicaba una negociación, caso por caso, en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la cualificación y las funciones de los trabajadores afectados. Ante esta situación, el Tribunal de Justicia señala que el Estado sueco no puede obligar a la empresa del Estado de origen, que era letona, a respetar este tipo de acuerdos colectivos, porque no pertenece a la categoría de convenio colectivo declarado de aplicación general, ni a los mencionados en el segundo párrafo del art. 3.8 de la Directiva 96/71/CE (apartado 71, asunto *Laval*).

De igual forma, la Sentencia *Laval* declara que «en relación con las materias contempladas en su art. 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio» (apartado 80, asunto *Laval*). De manera que, sin perjuicio de que las empresas de los Estados de origen decidan «adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida [...] a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados [...] se limita, en principio, al previsto en el art. 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición» (apartado 81, asunto *Laval*). Y, limitándonos a lo que en el presente estudio interesa, añade que no puede invocarse el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE, para imponer a los empresarios que desplazan trabajadores a otro Estado miembro condiciones de trabajo distintas de las enumeradas en el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE recogidas en un convenio colectivo (apartado 84, asunto *Laval*)<sup>41</sup>.

En el asunto *Rüffert*, trayendo a colación la doctrina contenida en el asunto *Laval*, el Tribunal de Justicia se opone a una medida contenida en una ley del *Land* de Baja Sajonia sobre la contratación pública que impone a una entidad adjudicadora de contratos públicos designar como adjudicatarios a las empresas que se comprometan, por escrito y en la licitación, a

---

<sup>41</sup> Finalmente, declara que no puede obligarse al empresario del Estado de origen, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, a iniciar una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados; y, por otra parte, a adherirse a un convenio colectivo que no es de aplicación general en el Estado miembro de acogida.

pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución —en el supuesto particular, los trabajadores prestaban servicios en una empresa establecida en Polonia—. Y ello, porque entiende que esta norma no es una disposición legal en la dirección fijada en el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, debido a que no establece, en sí misma, ninguna cuantía de salario mínimo (apartado 24, asunto *Rüffert*). A lo que añade que el acuerdo colectivo cuya aplicación se discute no es de aplicación general en el sentido de lo dispuesto en la ley alemana sobre desplazamiento y tampoco en el que corresponde al art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, en relación con el apartado 8, párrafo primero, del mismo precepto. Asimismo, declara que el art. 3.8, párrafo segundo, de esta Directiva sólo es aplicable, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos; lo que no ocurre en Alemania (apartado 27, asunto *Rüffert*). Y, exactamente igual que la Sentencia *Laval*, afirma que el art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE no puede interpretarse, en la dirección de permitir al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio, al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima (apartado 33, asunto *Rüffert*).

Al interpretar la Directiva 96/71/CE a la luz de la libre prestación de servicios, la Sentencia *Rüffert* pone de manifiesto que el objetivo de esta norma comunitaria es la consecución de dicha libertad, así como que una medida como la controvertida «puede» constituir una restricción a su ejercicio (apartados 36 y ss., asunto *Rüffert*). Y, a pesar de que la medida en cuestión «pueda» estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, considera que no es el caso, porque sólo se impone a una parte del sector de la construcción, debido a que se aplica únicamente a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados; y, por otro lado, a que el convenio colectivo al que se encuentra unida no ha sido declarado de aplicación general (apartado 39, asunto *Rüffert*). A lo que añade que no existe ningún indicio que permita afirmar que «sólo resulta necesaria a un trabajador que desarrolla su actividad en el sector de la construcción cuando éste se haya empleado en el marco de un contrato público de obras y no cuando trabaja en méritos de un contrato privado» (apartado 40, asunto *Rüffert*). También excluye la posibilidad de que la limitación de la libre prestación de servicios pueda estar justificada, en el caso particular, por los objetivos de estabilidad financiera de los regímenes de seguridad social y de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos (apartados 41 y 42, asunto *Rüffert*).



Por su parte, la STJUE de 19 de junio de 2008, asunto *Comisión v. Luxemburgo*, núm. C-319/06, rechaza una ley luxemburguesa que otorga la condición de disposiciones de orden público nacional a los instrumentos jurídicos que afectan, entre otras materias, al salario social mínimo y a la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de la vida, al margen de que tales instrumentos posean naturaleza legal, reglamentaria y administrativa, o bien sean convenios colectivos declarados de aplicación general o laudos arbitrales con un ámbito de aplicación similar al de estos convenios colectivos. Para apoyar su respuesta, el Tribunal de Justicia declara que el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE debe ser interpretado en sentido estricto, porque recoge una excepción al principio según el cual las materias en las que el Estado miembro de acogida puede imponer sus normas a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio se enumeran con carácter exhaustivo en el art. 3.1 de esta misma Directiva (apartado 31, asunto *Comisión v. Luxemburgo*). Asimismo, defiende idéntica interpretación restrictiva de la reserva de orden público —cuyo alcance, añade, no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente—, debido a que constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios (apartado 30, asunto *Comisión v. Luxemburgo*). Y concluye que el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE no puede utilizarse, para situar la cuantía de la retribución de los trabajadores desplazados que va más allá del salario mínimo, dentro de las materias sometidas al ordenamiento jurídico del Estado de acogida. Siendo esto lo que sucede, con «la adaptación automática de los salarios que no (son) salarios mínimos a la variación del coste de la vida» (apartado 55, asunto *Comisión v. Luxemburgo*).

### C. *Un paso adelante en la protección de los derechos de los trabajadores*

#### a) El asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*

La STJUE de 12 de febrero de 2015, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*, núm. C-396/13, da respuesta a un supuesto en el que el ordenamiento jurídico del país de origen —Polonia— prohíbe la cesión de créditos procedentes de relaciones laborales y en el que, además, se cuestiona si esta prohibición puede impedir que un sindicato, al que los trabajadores desplazados están afiliados y que pertenece al país en el que éstos prestan servicios temporalmente —Finlandia—, inicie acciones judiciales en ese Estado miembro destinadas a ver satisfechos los créditos salariales vinculados

al salario mínimo en el sentido de la Directiva 96/71/CE. El Tribunal de Justicia señala que la cesión de créditos salariales realizada por los trabajadores a favor del sindicato finlandés se ajusta a los mandatos del Derecho finlandés, así como que la legitimación activa de este sindicato, su capacidad para actuar en nombre de los trabajadores desplazados ante el órgano judicial remitente, «se rige por el Derecho procesal finlandés, aplicable según el principio de la *lex fori*» (apartado 20, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*). Y concluye que las cuestiones vinculadas a la cuantía del salario mínimo se regulan, «con independencia de la Ley aplicable a la relación laboral, por la normativa del Estado miembro a cuyo territorio se (han) desplazado los trabajadores para ejecutar su trabajo» (apartado 23, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*).

Nada cabe objetar a la solución confeccionada por el Tribunal de Justicia, salvo la escasa fundamentación jurídica sobre la que éste la sitúa. En efecto, el Alto Tribunal obvia referencia alguna a elementos importantes de las reglas de juego que intervienen en la determinación de la normativa aplicable en los litigios vinculados a los contratos de trabajo internacionales. En primer lugar, no valora, en sus justos términos, que se enfrenta a un conflicto en el que se ha producido una cesión de créditos. De manera que, al menos, tendría que haber puesto de manifiesto que la ley que rige el crédito objeto de una cesión determina, entre otros extremos, su transmisibilidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 14.2 del Reglamento Roma I. Y, asimismo, tendría que haber manifestado que este reglamento puede ser desplazado, por las mandatos contenidos en normas europeas destinadas a regular materias concretas; y, consecuentemente, que la ley aplicable al crédito era la derivada de la Directiva 96/71/CE, no la elegida por la partes y prevista, con carácter general, como aplicable, en el art. 8 del Reglamento Roma I. Este razonamiento hubiera tenido en cuenta que las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta cuestionaban la forma en la que debía interpretarse el art. 14.2 del Reglamento Roma I. En cualquier caso, las palabras del Tribunal de Justicia siguen la línea que han dibujado los mandatos contenidos en la Directiva 2014/67/UE, que, por razones temporales, no resultaban aplicables<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Respecto a lo que en este lugar interesa, esta Directiva declara que «los Estados miembros garantizarán que los sindicatos y otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la presente Directiva y de la Directiva 96/71/CE, puedan iniciar, en nombre o en apoyo de los trabajadores desplazados o de sus empleadores, y con su autorización, cualquier proce-

En segundo lugar, al margen de que se refiera a este extremo al analizar el concepto de cuantía de salario mínimo, para completar su razonamiento, con fundamento en el art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE, el Alto Tribunal debería haber puesto de manifiesto, desde un primer momento, que la articulación de un convenio colectivo finlandés sería factible, en la medida en la que el régimen del salario mínimo derivado de la normativa polaca beneficiara menos a los trabajadores desplazados que el contenido en el mismo.

Y, en tercer lugar, sin perjuicio nuevamente de que lo haga al determinar la cuantía del salario mínimo, hubiera sido oportuno que el Tribunal de Justicia hubiese planteado la posibilidad de que el convenio colectivo finlandés que los trabajadores desplazados deseaban articular, a pesar de pertenecer a la categoría de convenio colectivo declarado de aplicación general, en ciertas circunstancias, pudiera dejar de ser articulado por las empresas finlandesas. Y ello, porque esta eventualidad hubiera incidido, en la determinación de la normativa aplicable al crédito salarial discutido. El órgano judicial remitente no planteó ninguna cuestión prejudicial, en la dirección señalada. Si bien, la empresa polaca, durante el procedimiento, y el abogado general señor Nils Wahl, en sus conclusiones, señalaron que el sistema finlandés de convenios colectivos no era transparente, que permitía a las empresas nacionales celebrar, con ciertos requisitos, convenios colectivos alternativos que prevalecían sobre el que había sido declarado de aplicación general en el sector correspondiente. Y, en consecuencia, que si era posible que las empresas finlandesas se alejaran de la sujeción a un convenio colectivo declarado de aplicación general, sería lógico que también lo pudieran hacer, en las mismas condiciones, las empresas extranjeras; y ello, para no dar cobertura a una desigualdad de trato contraria a la libre prestación de servicios. Este razonamiento es coherente, con la doctrina contenida en el asunto *Portugaia Construções*.

Las razones que llevaron al Tribunal de Justicia a no entrar a valorar las apreciaciones realizadas por la empresa polaca y el abogado general se desconocen. En el supuesto de que estas apreciaciones fueran ciertas, la

---

dimiento judicial o administrativo con el fin de implementar la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de ambas normas» (art. 11). El legislador europeo hace hincapié, en la necesidad de que sus previsiones han de entenderse «sin perjuicio de las normas procesales nacionales en materia de representación y defensa ante los tribunales y de las competencias y demás derechos que los sindicatos y otros representantes de los trabajadores tengan con arreglo al Derecho y las prácticas nacionales» (considerando 34.º de la Directiva 2014/67/UE).

respuesta contenida en la Sentencia *Säbköalojen ammattiliitto ry* sería la contraria a la recogida en el citado asunto *Portugaia Construções*. La aplicación de esta última podría llevar, en los términos señalados por el abogado general, a no articular un convenio colectivo del país de acogida a los vínculos laborales de los trabajadores procedentes de países con regulaciones laborales inferiores, incluso, si dicho convenio colectivo hubiera sido declarado de aplicación general e incidiera en las materias a las que se refiere el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE.

Quizá, al Tribunal de Justicia le guió el deseo de proteger a los trabajadores y de no entrar en contradicción con lo que había mantenido anteriormente; y, por ello, obvió pronunciarse, sobre los descuelgues afirmados por el abogado general. De hecho, señala algo que no es habitual en sus sentencias; a saber, 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» (apartado 41, asunto *Säbköalojen ammattiliitto ry*). No obstante, éste es un extremo del que sólo se puede hablar, en el terreno de las hipótesis. Y, en cualquier caso, como no podía ser de otra forma, el Alto Tribunal remite al juez nacional la tarea de comprobar el carácter vinculante de las normas de cálculo del salario mínimo contenidas en los convenios colectivos del país de destino (apartado 42, asunto *Säbköalojen ammattiliitto ry*).

Sin embargo, el avance en la protección de los derechos de los trabajadores es más evidente, en la parte en la que el asunto *Säbköalojen ammattiliitto ry*, ya situado en el ámbito del art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, determina los elementos de la retribución que caen dentro del concepto de salario mínimo<sup>43</sup>.

#### b) El asunto *Regio Post GmbH*

La STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto *Regio Post GmbH*, núm. C-115/14, contiene la solución opuesta a la defendida en el asunto *Rüffert*, aunque el supuesto de hecho al que atiende es diferente. Afecta a una ley del *Land* de Renania-Palatinado que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse a pagar al personal que lleva a cabo pres-

<sup>43</sup> Véase epígrafe III, apartado 3.

taciones objeto de un contrato público un salario mínimo que ella misma fija. Partiendo de lo señalado en el asunto *Rüffert*, el Tribunal de Justicia declara que esta norma debe ser calificada de disposición legal en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, precisamente porque fija la cuantía del salario mínimo y, en el momento en el que acaecieron los hechos, no existía ninguna norma nacional que fijara un salario inferior en el sector de los servicios postales, confiriendo, por tanto, «una protección social mínima» (apartado 76, asunto *Regio Post GmbH*). De modo que no supera el nivel de protección máximo y, consecuentemente, no es necesario plantear la posibilidad de aplicar lo dispuesto en los arts. 3.8, segundo párrafo, y 3.10 de la Directiva 96/71/CE. Recuérdese que la ley del *Land* de Baja Sajonia a la que afecta el asunto *Rüffert* no establece, en sí misma, ninguna cuantía de salario mínimo y deja su concreción, en manos de convenios colectivos no declarados de aplicación general.

Otra discordancia entre las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia a los asuntos *Regio Post GmbH* y *Rüffert* afecta, al ámbito de aplicación de los instrumentos jurídicos vinculados al salario mínimo. En el primer asunto señalado, el Tribunal de Justicia resta importancia, al hecho de que la ley del *Land* de Baja Sajonia limite su ámbito de aplicación a los contratos públicos, porque el requisito de aplicación general definido en el art. 3.8 de la Directiva 96/71/CE sólo se refiere a los convenios colectivos y a los laudos arbitrales; y, por otro lado, a causa de que estima que el abono del salario mínimo es una condición especial referida a consideraciones de tipo social de las contempladas en el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio. De modo que «la limitación del ámbito de aplicación de la norma nacional a los contratos públicos es la mera consecuencia del hecho de que existen normas de Derecho de la Unión que son específicas en este ámbito» (apartado 65, asunto *Regio Post GmbH*). Lo que supone dejar a un lado que la Sentencia *Rüffert* señaló que una medida nacional, si se aplica únicamente a los contratos públicos, no es adecuada para alcanzar el objetivo de protección de los trabajadores, cuando no existen indicios que permiten suponer que los trabajadores empleados en el sector privado no necesitan la misma protección que los empleados en el marco de la contratación pública.

La Sentencia *Regio Post GmbH*, con una argumentación muy poco profunda, afirma que la interpretación del art. 26 de la Directiva 2004/18/CE que contiene no lesiona el derecho a la libre prestación de servicios. Para basar esta afirmación, destaca que la señalada Directiva posee como fina-

lidad la consecución de la libre prestación de servicios, que las disposiciones de coordinación que prevé deben interpretarse de conformidad con las normas y principios del TFUE, entre los que se encuentran los relativos a la libre prestación de servicios, y, en fin, que «una norma como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del art. 56 TFUE; (pero también) puede estar justificada, en principio, por el objetivo de la protección de los trabajadores» (apartados 69 y 70, asunto *Regio Post GmbH*). La utilización del término «puede» por el Tribunal de Justicia genera inseguridad, sobre todo, cuando no se encuentra acompañada de una afirmación que concrete en qué términos la posibilidad a la que se refiere se convierte en realidad, que es precisamente lo que sucede en la Sentencia *Regio Post GmbH*. Tras la lectura de esta sentencia, se desconoce la razón que ha llevado al Tribunal de Justicia a no entender lesionado el derecho a la libre prestación de servicios, cuando ha afirmado su vulneración, en otros casos en los que también ha entrado en juego el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE.

En particular, en la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto *Bundesdruckerei*, núm. C-549/13, el Alto Tribunal considera que la puesta en práctica de este precepto sí lesiona la libre prestación de servicios. Esta sentencia da contestación a un supuesto en el que se plantea, si el art. 56 TFUE se opone a la aplicación de una norma del Estado miembro de una entidad adjudicadora de un contrato público —Alemania—, relativo a la digitalización de documentos y a la conversión de datos, que obliga al subcontratista a pagar a sus trabajadores un salario mínimo fijado en dicha norma, teniendo en cuenta que tales empleados operan exclusivamente en el país de origen del subcontratista, que es Polonia.

El Tribunal de Justicia señala que, en el supuesto descrito, resulta aplicable la Directiva 2004/18/CE; pero, sin embargo, ante la ausencia de un desplazamiento de trabajadores, no debe acudirse a lo ordenado en la Directiva 96/71/CE. Tras establecer esta premisa, al igual que en el asunto *Regio Post GmbH*, declara que las exigencias en materia de salario mínimo establecidas por la ley alemana pueden «calificarse de condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, en particular de consideraciones de tipo social [...], en el sentido del art. 26 (de la Directiva 2004/18/CE); (si bien) no es menos cierto que, conforme a esta última disposición, tales exigencias sólo pueden imponerse en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario» (apartado 28, asunto *Bundesdruckerei*). Acto seguido, recuerda que la medida cuestionada puede constituir una restricción en el sentido del art. 56 TFUE; y, trayen-

do a colación la doctrina contenida en el asunto *Rüffer* y separándose de lo indicado en el asunto *Regio Post GmbH*, afirma que «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que se aplique únicamente a los contratos públicos, una medida nacional de este tipo no es adecuada para alcanzar el (objetivo de proteger a los trabajadores), si no hay indicios que permitan suponer que los trabajadores empleados en el sector privado no necesitan la misma protección salarial que los empleados en el marco de la contratación pública» (apartado 32, asunto *Bundesdruckerei*). También niega que la obligación de pagar el salario mínimo pueda justificarse, a la luz del objetivo de dar estabilidad a los regímenes de la seguridad social.

Por lo demás, la Sentencia *Bundesdruckerei* concluye que «la normativa nacional controvertida en el litigio principal resulta desproporcionada, dado que su ámbito de aplicación se extiende a una situación como de la que se trata en el litigio principal, en la que los trabajadores ejecutan un contrato público en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que la cuantía del salario mínimo es inferior» (apartado 33, asunto *Bundesdruckerei*). Ahora bien, con estas palabras, pone de manifiesto que no valora suficientemente que la Directiva 2004/18/CE pueda amparar la protección de los intereses de los trabajadores del Estado de la entidad adjudicadora, en tanto en cuanto prevé que «las condiciones de ejecución de un contrato, (entre otros), pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción (o) combatir el paro» (considerando 33.º de la Directiva 2004/18/CE)<sup>44</sup>. Y, sin embargo, favorece el *dumping* social, el traslado de la ejecución del contrato a otro país, con fundamento exclusivo en los intereses de los empresarios<sup>45</sup> y con el subsiguiente peligro de que se produzca una rebaja de las condiciones de trabajo a nivel europeo. Además, lo hace, sin justificar suficiente y adecuadamente su respuesta.

A lo largo del texto de la Directiva 2004/18/CE, se pone de manifiesto la preocupación del legislador comunitario, por los derechos de naturaleza social; y, en el concreto ámbito de los desplazamientos transnacionales, que si se incumple lo dispuesto en el Estado de acogida para atender a las condi-

---

<sup>44</sup> Además, «el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato» (considerando 46.º de la Directiva 2004/18/CE).

<sup>45</sup> C. SALCEDO BELTRÁN, «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales...», *op. cit.*, p. 141.

ciones mínimas contempladas en la Directiva 96/71/CE, tal incumplimiento puede considerarse una falta grave o un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público (considerando 34.º de la Directiva 2004/18/CE). No obstante, hoy en día, debe tenerse en cuenta la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE con efectos a partir del 18 de abril de 2016<sup>46</sup>. Esta norma afirma que «la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [...], permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes» (considerando 2.º de la Directiva 2014/24/UE). Y sitúa, dentro de los principios de la contratación, la obligación de los Estados miembros de tomar medidas destinadas a garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables, entre otras, en materia social y laboral establecidas en el Derecho de la Unión, en el Derecho nacional, en los convenios colectivos, en las disposiciones de Derecho internacional enumeradas en el anexo X (art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE) y en la Directiva 96/71/CE (considerandos 49.º y 98.º de la Directiva 2014/24/UE). Además, recoge la posibilidad de establecer condiciones especiales en la contratación, que «podrán incluir [...] consideraciones de tipo [...] social o relativas al empleo» (art. 70 de la Directiva 2014/24/UE).

### 3. El ámbito de actuación del derecho aplicable al salario mínimo

#### A. La definición y los componentes del salario mínimo

Los Estados miembros poseen la tarea de individualizar los elementos que caen dentro del concepto de salario mínimo, como señalan los asun-

---

<sup>46</sup> Junto a ésta, se pueden citar otras directivas, como la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.



tos *Isber* y *Sähköalojen ammattiliitto ry*, «con la sola condición de que esta definición, tal como resulte de la legislación o de los convenios colectivos nacionales aplicables, o de la interpretación que de ellos hagan los tribunales nacionales, no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros» (apartado 37, asunto *Isber*, y apartado 34, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*). Y, aunque la jurisprudencia comunitaria declara que la Directiva 96/71/CE no contiene ningún dato que sirva para definir materialmente el salario mínimo, no es del todo cierto. Así, el art. 3.1.c) incluye los incrementos por horas extraordinarias y, sin embargo, excluye los regímenes complementarios de jubilación profesional. Por su parte, el art. 3.7, párrafo segundo, prevé que «se considerará que los complementos correspondientes al desplazamiento forman parte del salario mínimo, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención».

La STJUE de 14 de abril de 2005, *Comisión v. Alemania*, núm. C-341/02, aporta un dato fundamental. Por primera vez, señala que los elementos de la retribución que no se definen como salario mínimo ni por la legislación ni por las prácticas nacionales del Estado miembro de acogida no pueden incluirse, dentro de dicho salario, si modifican la relación entre la prestación del trabajador, por un lado, y la contrapartida que éste percibe, por otro (apartado 39, asunto *Comisión v. Alemania*). En este orden de ideas, declara que «es completamente normal que si el empresario exige que el trabajador realice un trabajo suplementario o en unas condiciones concretas, la citada prestación suplementaria se vea compensada para el citado trabajador sin que dicha compensación se tenga en cuenta para calcular el salario mínimo» (apartado 40, asunto *Comisión v. Alemania*) —los asuntos *Isbir* (apartado 40) y *Sähköalojen ammattiliitto ry* (apartado 36) parten de esta misma premisa—. En el supuesto de que la mencionada compensación sea integrada por el legislador o por la práctica nacional dentro del concepto de salario mínimo, llevando hasta sus últimas consecuencias lo señalado en esta sentencia, parece que debería respetarse.

Ahora bien, los Estados miembros no son totalmente libres, a la hora de individualizar los componentes del salario mínimo. Necesariamente, deben incluir, al menos, el salario mínimo vinculado a la prestación de servicios ordinaria desarrollada en condiciones normales. En el asunto *Comisión v. Alemania*, el Tribunal de Justicia estima que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones derivadas del art. 3 de la Directiva 96/71/CE, al no incluir, con referencia a un convenio colectivo decla-

rado de aplicación general, dentro de los conceptos que forman parte del salario mínimo, unas primas de calidad y por trabajos insalubres, penosos o peligrosos (apartado 43, asunto *Comisión v. Alemania*). Este incumplimiento lleva al Alto Tribunal a no examinar el recurso, a la luz de la libre prestación de servicios.

Por otro lado, el asunto *Isber* considera salario mínimo una cantidad a tanto alzado cuya percepción tiene causa en una práctica nacional de anticipar, mediante esos pagos a tanto alzado, la aplicación de la nueva tabla salarial derivada de un convenio colectivo declarado de aplicación general, durante el tiempo en el que éste se está negociando (apartado 42, asunto *Isbir*). Y, sin embargo, excluye unas aportaciones para la formación de un patrimonio que beneficia a los trabajadores, a medio o largo plazo; y que, específicamente, «tienen por objeto cumplir un objetivo de política social fomentado, en particular, mediante una contribución económica de los poderes públicos, (no quedando inscritas), a efectos de la aplicación de la Directiva 96/71, [...] en la relación habitual entre la prestación laboral y la contraprestación económica exigible al empresario» (apartado 44, asunto *Isbir*).

Al margen de lo anterior, el asunto *Säbköalojen ammattiliitto ry* integra, dentro del salario mínimo, la paga de vacaciones a la que tiene derecho un trabajador por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas (apartado 69, asunto *Säbköalojen ammattiliitto ry*). El Tribunal de Justicia destaca que el derecho a las vacaciones anuales se encuentra previsto en el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Y, por otro lado, que el art. 3.1.b) de la Directiva 96/71/CE incluye «la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas», en el seno del conjunto de materias que deben estar sujetas a las normativa del Estado de acogida, si es más favorable para los trabajadores que la contemplada en el régimen del Estado de origen. Del mismo modo, recuerda que la jurisprudencia comunitaria atribuye al derecho a disfrutar de vacaciones anuales la condición de principio del Derecho social de la Unión, a la par que señala «que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho» (apartado 67, asunto *Säbköalojen ammattiliitto ry*).

Igualmente, la Sentencia *Säbköalojen ammattiliitto ry* se enfrenta a la interpretación del art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE. Y, de acuerdo con la literalidad de esta norma, declara que el pago del alojamiento y los cheques

restaurantes no forman parte de la cuantía del salario mínimo, por la obviedad de que ambas partidas se encuentran vinculadas al reembolso de los gastos soportados por los trabajadores a causa del desplazamiento. Por el contrario, incluye una indemnización diaria de cuantía fija, con fundamento en que tiene «por objeto garantizar la protección social de los trabajadores [...], compensando los inconvenientes debidos al desplazamiento, que consisten en el alejamiento de los interesados de su entorno habitual» (apartado 48). Señala que esta indemnización debe pagarse a los empleados desplazados, «en la misma medida en que se paga a los asalariados finlandeses cuando se desplazan en el territorio de su Estado miembro» (apartado 41). Por otro lado, también incluye un complemento de trayecto vinculado a los supuestos en los que la duración del trayecto de ida y vuelta diario al lugar de trabajo supera una hora. Al objeto de fundamentar su decisión, pone de manifiesto que este complemento tampoco se abona a los trabajadores en concepto de reembolso de los gastos que efectivamente soportan a causa del desplazamiento, sino como una compensación del tiempo de trayecto diario.

Realmente, la respuesta que contiene el asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry* es el resultado de aplicar literalmente los mandatos que recoge el segundo párrafo del art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE. Este precepto da forma a una regla especial que actúa en el ámbito de los complementos por desplazamiento y a la que, como tal regla especial, no afectan las declaraciones generales vertidas por el Tribunal de Justicia respecto a otro tipo de complementos, como los de calidad y por trabajos insalubres, penosos o peligrosos; o bien al trabajo por horas y/o a destajo, de conformidad con la clasificación de los trabajadores en grupos salariales. Se da la circunstancia de que la indemnización diaria y el complemento de trayecto a los que se refiere el asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*, de un modo u otro, se encuentran vinculados a una concreta circunstancia derivada del desarrollo de la prestación de servicios a raíz del desplazamiento, que no es otra que la distancia entre el lugar en el que dicha prestación se materializa y el domicilio de los trabajadores, dependiendo del complemento ante el que nos situemos, en el Estado de origen o en el de destino. Asimismo, estos complementos alteran la relación entre la prestación de servicios y la contraprestación que perciben los empleados<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> La inserción en el salario mínimo de la retribución por trabajo a destajo, de la compensación por trayecto y de las indemnizaciones diarias hizo innecesario que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea diera respuesta a la cuestión prejudicial en la que el órgano judicial remitente planteaba la posibilidad de que pudiera aplicárseles el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE.

## B. El sistema de cálculo del salario mínimo

El modo de cálculo de la cuantía del salario mínimo y los criterios seleccionados al respecto son competencia de los Estados miembros. Si bien, siguiendo la línea marcada por el asunto *Arblade*, la sentencia *Sähköalojen ammattiliitto ry* declara que, para poder ser oponibles al empresario que desplaza a sus trabajadores a otro Estado miembro, las reglas que se encuentran previstas en el Estado de acogida y que afectan a esos elementos deben ser vinculantes y responder a los requisitos de transparencia; lo que implica que sean accesibles y claras (apartados 39 y 40, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*). Esta solución pretende acercar la situación de los trabajadores desplazados a la de aquellos que prestan servicios habitualmente en el país de destino, a la vez que pone de manifiesto su deseo de evitar las posibles incoherencias y desajustes que podrían presentarse, al intentar coordinar los componentes del salario mínimo derivados de un ordenamiento jurídico, con el modo y los criterios de cálculo previstos en un ordenamiento jurídico diferente. De otra parte, el carácter vinculante al que se refiere recuerda la naturaleza que deben tener los instrumentos reguladores del salario mínimo en el país de acogida, para poder prevalecer sobre la ley rectora del contrato de trabajo a tenor de lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE. Lo que puede plantear problemas, como sabemos, en aquellos casos en los que nos situemos ante acuerdos colectivos que no pertenecen al tipo de los contemplados en los arts. 3.1 y 3.8 de la Directiva 96/71/CE, o bien frente a los que cabe un descuelgue. Y, en fin, la transparencia se encuentra destinada a evitar aplicaciones o inaplicaciones indebidas de las reglas que afectan a la cuantía del salario mínimo, siendo conforme con lo ordenado en el art. 5 de la Directiva 2014/67/UE.

Concretamente, el asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry* estima que debe admitirse «el cálculo del salario mínimo por horas y/o a destajo basado en la clasificación de los trabajadores en grupos salariales, como el previsto por los convenios colectivos pertinentes del Estado miembro de acogida, siempre que (dicho) cálculo y [...] clasificación se efectúen conforme a reglas vinculantes y transparentes, extremo que corresponde comprobar al juez nacional» (apartado 45, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*). Además, aplica una pauta que el Tribunal de Justicia ha seguido, en similares términos, en el asunto *Mazzoleni*, respecto a los componentes del salario mínimo, en tanto en cuanto indica que «sólo comparando las condiciones de trabajo y de empleo contempladas en el art. 3, apartado 7, párrafo pri-

mero, de la Directiva 96/71, aplicadas en el Estado miembro de origen, y las vigentes en el Estado miembro de acogida, debe tomarse en consideración la clasificación (de los trabajadores en grupos salariales) efectuada por el Estado miembro de origen, cuando es más favorable para el trabajador» (apartado 43, asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry*). Lo que dependerá principalmente, añadimos, de la cuantía del salario mínimo resultante de la aplicación de cada una de las clasificaciones en juego —la del Estado de origen y la del Estado de acogida—; y, siguiendo un orden lógico, sólo se podrá conocer, tras determinar, cuantificar y sumar los diversos componentes del salario derivados de su articulación.

### C. *Las garantías del salario mínimo*

La normativa aplicable al salario mínimo se extiende a las garantías destinadas a hacer real su satisfacción, protegiéndose, de este modo, muy especialmente, a los trabajadores que prestan servicios en cadenas de contratas y subcontratas.

Como señala la STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto *Wolff & Müller*, núm. C-60/03, «si el derecho al salario mínimo es un elemento constitutivo de la protección de los trabajadores, los procedimientos que permiten obtener el respeto de ese derecho [...] han de considerarse asimismo elementos que garantizan una protección de este tipo. (Siendo esto lo que sucede, si añaden) al primer deudor del salario mínimo un deudor adicional, el empresario que está solidariamente obligado con éste y que, generalmente, es más solvente» (apartados 37 y 40, asunto *Wolff & Müller*). Partiendo del art. 5 de la Directiva 96/71/CE, los Estados miembros están obligados a asegurar que los empleados desplazados tengan a su disposición los procedimientos adecuados para obtener el pago efectivo del salario mínimo. A tales efectos, los primeros disponen de un amplio margen de apreciación, para definir la forma y la configuración de tales procedimientos, debiendo, en todo caso, respetar las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libre prestación de servicios. Y, «en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consiste en evitar la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo [...], puede considerarse que un objetivo de esa índole constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios» (apartado 41,

asunto *Wolff & Müller*). Esta doctrina se encuentra recogida, en el art. 12 de la Directiva 2014/67/UE.

El asunto *Wolff & Müller* atiende a un supuesto en el que el Derecho del Estado de acogida convierte al empresario principal de este mismo Estado, en fiador de las cuantías del salario mínimo y de las cotizaciones debidas por el contratista y subcontratista a los trabajadores desplazados<sup>48</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El análisis realizado en los anteriores apartados pone de manifiesto que la jurisprudencia comunitaria que incide en la retribución de los trabajadores que son objeto de un desplazamiento transnacional se encuentra, fundamentalmente a disposición del ejercicio de la libertad de prestación de servicios por los empresarios que pertenecen al Estado miembro de origen, atendiendo más a postulados propios del Derecho de la competencia, que a los contenidos en el Derecho social. Lo que es especialmente grave, en una economía social de mercado tendente a conseguir, entre otros resultados, el pleno empleo y el progreso social (art. 3.3 TUE).

El contenido de las sentencias que integran la jurisprudencia comunitaria se encuentra directamente vinculado a la forma en la que el Tribunal de Justicia delimita el concepto de interés general, del que depende el ámbito y la forma de actuar, no sólo del principio de necesidad, sino también del principio de razonabilidad o no duplicidad, así como del principio de proporcionalidad. Estos principios deben ponerse en práctica, cuando se ha de determinar si una concreta medida del Estado miembro de acogida lesiona la libertad de prestación de servicios. Y se da la circunstancia de que la disparidad de criterios de las sentencias que integran la jurisprudencia comunitaria pone de manifiesto que el concepto de interés general ha sido concretado por el Tribunal de Justicia, en función de lo que ha estimado conveniente en cada supuesto particular; y, quizá, en

---

<sup>48</sup> Concretamente, afirma que el art. 5 de la Directiva 96/71/CE, interpretado a la luz de la libertad de prestación de servicios, no se opone a disposiciones nacionales —como el art. 1 bis de la Ley alemana sobre el Desplazamiento de Trabajadores— «según las cuales una empresa constructora que encarga a otra empresa la ejecución de obras de construcción responde, como fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, de las obligaciones de dicha empresa o de un subcontratista por el pago del salario mínimo de un trabajador o de cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo [...], cuando la protección del salario del trabajador no es el objetivo principal o sólo es un objetivo secundario de dicha normativa» (apartado 45, asunto *Wolff & Müller*).

función de la respuesta que ha querido dar al concreto supuesto al que se ha enfrentado.

A título ejemplificativo, cabe destacar que, en ocasiones, ha equiparado el interés general al interés de proteger los derechos de los trabajadores, las buenas relaciones en el mercado laboral (asunto *Webb*) y, específicamente, la coherencia de los convenios colectivos del Estado de origen (asunto *Mazzoleni*). Sin embargo, en otras, ha excluido de dicho concepto la protección de las empresas nacionales y, en general, los objetivos de carácter económico (asunto *Portugaia Construções*). Y, aunque la Directiva 96/71/CE posee la doble finalidad declarada de favorecer un clima de competencia leal y medidas que garanticen los derechos de los trabajadores, en la línea marcada por los asuntos *Mazzoleni* y *Webb*, esta doble finalidad no es atendida correctamente, a lo largo de su articulado. Permitiendo, con ello, que el Tribunal de Justicia, al aplicar el principio de proporcionalidad, haya relegado a un segundo plano el interés general de proteger a los trabajadores, a pesar de afirmar su presencia.

Por otro lado, cuando pone en funcionamiento el mencionado principio de proporcionalidad, en algunos casos, el Alto Tribunal se preocupa, en destacar que el distanciamiento de sus palabras, respecto a las vertidas en sentencias anteriores, se debe a las diferencias presentes entre los supuestos de hecho a los que atiende. Si bien, no siempre estas diferencias justifican suficientemente sus diferentes respuestas, que están realmente destinadas a proteger la libre prestación de servicios del empresario del Estado de origen, atendiendo al interés general que previamente fija y pasando por alto aquellas circunstancias que pueden llevar a afirmar la aplicación de los mandatos contenidos en el Derecho del Estado de destino. Lo que se pone especialmente de manifiesto, pero no de forma exclusiva, si se compara el asunto *Regio Post GmbH*, con el asunto *Bundesdruckerei*.

Lógicamente, este modo de actuar del Tribunal de Justicia genera una importante dosis de inseguridad jurídica a los actores implicados en los desplazamientos transnacionales de trabajadores, que, como se acaba de señalar, la Directiva 96/71/CE ha sido incapaz de solucionar. Esta norma deja los elementos de la retribución que no caen dentro del salario mínimo, aunque en ocasiones constituyan una parte muy importante de la retribución que reciben los trabajadores desplazados, en una zona de libre competencia, salvo que los Estados miembros, a través de una disposición de orden público, decidan lo contrario, en aplicación de lo ordenado en el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE. Por otro lado, las normas del Estado de acogida han de ser normas legales, reglamentarias, administra-

tivas y/o convenios colectivos y laudos arbitrales declarados de aplicación general, salvo que los Estados miembros hagan uso de la facultad que les otorga el art. 3.8 de la Directiva 96/71/CE y decidan acudir a convenios o laudos arbitrales con un amplio ámbito de aplicación en los términos fijados en este mismo precepto. Además, los convenios colectivos y los laudos arbitrales deben referirse a las actividades contempladas en el Anexo de la Directiva 96/71/CE, a excepción de que los Estados miembros decidan ampliar este catálogo, partiendo de lo dispuesto en el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE.

Por tanto, cuando un convenio colectivo es el encargado de fijar el salario mínimo, la efectividad de la Directiva 96/71/CE depende del sistema de negociación colectiva del Estado miembro al que tal acuerdo pertenezca; que puede ir, pasando por sistemas de naturaleza intermedia, desde aquel en el que los convenios colectivos no son encuadrables en ninguna de las categorías mencionadas en la Directiva 96/71/CE, hasta aquellos otros en los que los declarados de aplicación general constituyen la regla. Y ello, sobre todo, porque el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación de los arts. 3.8, segundo párrafo, y 3.10 de la Directiva 96/71/CE que ha convertido esta norma en una directiva de máximos que, como tal, establece un techo insuperable que fija la frontera del ámbito en el que los Estados miembros pueden exigir el respeto de las condiciones de trabajo establecidas en su Derecho interno a las empresas extranjeras que poseen trabajadores desarrollando temporalmente servicios en su territorio. Esta frontera debe ser respetada, al margen de que se encuentre acompañada de la negación de derechos de ciudadanía social, género al que pertenece el derecho a la negociación colectiva.

Además, aunque no se puede dejar de lado que las Sentencias *Sähköalojen ammattiliitto ry* y *Regio Post GmbH* se inclinan por la protección de los derechos de los trabajadores más que las que les han precedido en el tiempo, no han variado, o, al menos, no lo han hecho de manera abierta y adecuada, la citada doctrina de la jurisprudencia comunitaria. Debe tenerse en cuenta que, en principio, en estos asuntos, no está en juego la aplicación de los arts. 3.8, segundo párrafo, y 3.10 de la Directiva 96/71/CE. En efecto, el asunto *Sähköalojen ammattiliitto ry* posee importancia, porque declara que las cuestiones vinculadas al salario mínimo quedan sujetas al Derecho del Estado de acogida, en los mismos términos que lo hace dicho salario mínimo; y, asimismo, a causa de que individualiza los componentes de este salario, alejándose de una visión restrictiva. Por otra parte, el asunto *Regio Post GmbH*, tras realizar una interpretación conjunta de la Direc-



tiva 96/71/CE y de la Directiva 2004/18/CE, a la luz de la libertad de prestación de servicios, declara que es conforme con el Derecho comunitario una ley alemana que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse a pagar al personal que lleva a cabo prestaciones objeto de un contrato público un salario mínimo que ella misma fija.

Ahora bien, a pesar de estos avances, no cabe la menor duda de que el contenido de la Directiva 96/71/CE y la doctrina de la jurisprudencia comunitaria continúan favoreciendo el *dumping* social intracomunitario, pudiendo conducir a una carrera hacia los niveles mínimos de condiciones laborales y de protección social. Por ello, la reforma de la mencionada Directiva es absolutamente necesaria. Esta reforma se podría aprovechar, para regular los casos en los que los trabajadores ven como el lugar de su prestación de servicios se traslada temporalmente a un Estado miembro distinto; pero también aquellos otros en los que, a pesar de no existir este tipo de desplazamientos, cambia temporalmente el empresario que obtiene los resultados de los servicios desarrollados por los empleados, que pasa a ser un empresario situado en otro Estado miembro. Este fenómeno puede estar fácilmente presente, en las contrataciones y las subcontratas de actividades desarrolladas a través de las nuevas tecnologías, que es el supuesto al que atiende el asunto *Bundesdruckerei*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ESTEVE SEGARRA, A., «Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y *dumping* social», *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2015), pp. 27-41.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., «*Portugaia Construções*: ¿una anticipación de la constitucionalización del *dumping* social? (STJCE de 24 de enero de 2002, asunto C-164/99)», en J. GÁRATE CASTRO (coord.), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Navarra, Aranzadi, 2011.
- GOERLICH PESET, J. M., *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*, Madrid, CES, 2011.
- LLOBERA VILA, M., «Las medidas estatales de prevención del *dumping* social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia *Bundesdruckerei*», *Lex Social*, núm. 1 (2015), pp. 89-105.
- *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blach, 2013.
- MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2006.

SALCEDO BELTRÁN, C., «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales (a propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)», *Revista de Derecho Social*, núm. 67 (2014), pp. 135-144.

TORMOS PÉREZ, J. A., «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE», *Revista de Información Laboral*, núm. 5 (2015), pp. 25-37.