

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

Profesores de la Universidad de Jaén

Extracto:

Las indudables ventajas competitivas que, en términos de reducción de costes y de incremento de la flexibilidad organizativa, proporciona la amplia variedad de formas que asume hoy la «descentralización productiva», está haciendo de la gestión externa de obras y servicios (*outsourcing*) el modelo hoy dominante de organización del trabajo y de la empresa. Pero esta realidad, ahora ya absolutamente generalizada, interacciona cada vez más con otro fenómeno decisivo en la reestructuración de las organizaciones empresariales, como es el proceso de integración económica y monetaria en el seno de la Unión Europea -y en el Espacio Económico Europeo-, determinante del derecho de las empresas a ofrecer sus servicios en el territorio de cualquier Estado. De este modo, las diferentes formas de *descentralización productiva transnacional* y las nuevas prácticas de circulación o movilidad intracomunitaria de trabajadores que generan, plantean una serie de desafíos y abren un conjunto de interrogantes para los que el Derecho, al día de hoy, no proporciona siempre la necesaria respuesta. De ahí, la importancia de la regulación, si bien limitada y parcial, ofrecida por la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamientos temporales, transpuesta recientemente en nuestro país por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

El presente trabajo, fruto de una activa colaboración entre un iuslaboralista y una iusinternacionalprivatista, no sólo conveniente u oportuna sino inexcusable en una materia en que tan indisolublemente se mezclan cuestiones de Derecho del Trabajo (y de la Seguridad Social) y cuestiones de Derecho internacional privado, pretende cubrir dos objetivos principales: en primer lugar, ofrecer un primer análisis de conjunto de los principales puntos críticos de esta compleja regulación legislativa, en buena medida derivada de la norma comunitaria pero que, ciertamente, plantea algunos interesantes interrogantes por las opciones finalmente seguidas. Pero, en segundo extremo, y sobre todo, se intentan ofrecer unas claves de lectura significativamente diferentes a las actualmente disponibles en la doctrina, muchas y de calidad sin duda, pero que a nuestro juicio adolecen de una cierta desviación tanto en el planteamiento de la finalidad de la normativa comunitaria (y, por tanto nacional, aunque por su «juventud» no haya sido, al cierre de este trabajo, objeto de análisis todavía), cuanto de la técnica empleada para articular un amplio conjunto de normas aplicables a una misma situación.

Sumario:

- I. Introducción.

- II. Desplazamientos transnacionales de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea: cuestiones preliminares.
 1. Ordenación de las relaciones de trabajo en una economía de mercado integrada: Mercado Común, descentralización productiva y *dumping* social.
 2. La movilidad geográfica intracomunitaria en el marco de una prestación de servicios: supuestos legales y determinación de las condiciones de trabajo.

- III. Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios y problemas de Derecho aplicable a la relación laboral.
 1. Especialidades del trabajo temporal transnacional en la determinación de la ley aplicable.
 2. Ley aplicable al contrato de trabajo temporal transnacional.
 3. Valoración de las aportaciones de la Directiva y de la Ley 45/1999: ¿fraccionamiento legislativo *versus* cúmulo de normas de distintos sistemas jurídicos?

- IV. Problemas y normas de competencia judicial internacional en la nueva regulación de los desplazamientos temporales.
 1. El foro del lugar en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo y las excepciones: relevancia en los supuestos de desplazamiento de trabajadores.
 2. La Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores: ¿un nuevo foro de competencia internacional?
 3. Valoración de la respuesta dada por la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento de trabajadores en el ámbito de la competencia internacional.

- V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien conocido, las libertades comunitarias «clásicas» tienen un marcado carácter económico, de tal manera que tienden preeminentemente a la creación, desarrollo y defensa de un espacio o «mercado común», en el que la circulación de cualquier tipo de factor productivo o de «bien», sean mercancías, capitales, servicios e incluso el «empleo» y/ o «el trabajo», se realice sin obstáculos ni discriminaciones. Por tanto, se comprende bien que una de las libertades que ocupan una posición de preferencia en la ordenación jurídico-económica del mercado común sea la libertad de prestación de servicios, a cuya realización plena están llamadas a contribuir significativamente otras libertades, que ocuparían, en estos casos, una posición básicamente instrumental y, por tanto, subordinada a la primera y principal, como es el caso de la libertad de circulación de trabajadores ¹.

Así, cuando una empresa, asuma o no la forma societaria, pretende prestar servicios en un Estado distinto de aquel en el que se encuentra instalada puede estar muy interesada en «desplazar», al mismo tiempo, a las personas que ejecutan dicho trabajo o servicios. La libre prestación de servicios, pues, coloca a la «movilidad de la mano de obra» en una posición secundaria, y, por tanto, no directa e inmediatamente regulada por el Derecho derivado. Un adecuado entendimiento de esta ordenación comunitaria asimétrica de la relación entre libertad de prestación de servicios y la libertad de circulación de trabajadores resulta obligado para comprender correctamente, lo que no siempre ocurre, la principal razón de ser de la Directiva 96/71/CEE, sobre desplazamientos temporales y la ley que la transpone en nuestro ordenamiento, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

En efecto, el «acervo doctrinal» generado a partir de los análisis que se han venido sucediendo en estos años, y en las diferentes experiencias jurídicas europeas, en orden a reconstruir el régimen jurídico de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, está dominado en gran medida por un exceso de tópicos y «lugares comunes» privados frecuentemente de la debida veracidad. Una secuencia de importantes «desajustes» o «distorsiones»

¹ Así lo había venido señalando reiteradamente, desde hace casi dos décadas, el TJCE *Vid.* Sentencias del TJCE, de 3 de diciembre de 1974 (caso Van Binsbergen, As. 33/74); de 18 de febrero de 1980 (caso Coditel, *Rec.* 1980, pág. 881); de 17 de diciembre de 1981 (As. 279/80, caso Webb, *Rec.* 1981, pág. 3.305); 3 de febrero de 1983 (As. 61 y 62/1981, caso Seco, *Rec.* 1981, pág. 233).

que pueden constatare tanto en orden a la identificación de la principal «razón de ser» de la Directiva 96/71/CEE, y por tanto de nuestra reciente regulación legal, cuanto en orden a determinar la técnica jurídica utilizada para «garantizar» una mínima aplicación de la legislación del país de destino, correctora del dominio de la legislación del país de origen, que sería la aplicable con preferencia en virtud del favor hacia la libertad de prestación de servicios y a falta de un auténtico Derecho Comunitario del Trabajo ².

A este respecto, debe tenerse en cuenta que pese a los loables y crecientes esfuerzos armonizadores realizados por la vía de las Directivas, éstas asumen un carácter extremadamente flexible y funcional, en cuanto «Directivas de mínimos». La Directiva sobre desplazamiento de trabajadores se enmarca en la denominada «segunda época» del Derecho comunitario, que podría caracterizarse por una relajación de las funciones unificadoras a través de la intromisión legislativa de la Unión Europea, en favor de una armonización a través de Derecho derivado, presidida por el «principio de subsidiariedad» vertical y cada vez más horizontal ³. Así, la citada Directiva pretende asegurar el respeto por parte de las empresas establecidas en la Unión Europea, de unas condiciones mínimas, o también denominado «núcleo duro» del Derecho del trabajo, propio de cada uno de los Estados comunitarios ⁴.

Por tanto, pese al objetivo primariamente «garantista» que pudiera entenderse inspirador de la Directiva comunitaria, y en consecuencia de la Ley de transposición, es manifiesto que, de conformidad con la lógica político-económica de normas «sociales» como las aquí objeto de estudio, la Directiva no busca tanto, o no busca sólo, la protección del trabajador, cuanto más bien, y sobre todo, la *protección del empleo* existente, esto es, los niveles de ocupación, presentes o futuros, en los mercados nacionales de trabajo. La regulación o establecimiento de unas condiciones de trabajo «iguales» o «análogas», al menos en un número significativo, para todas las personas que se insertan en un mercado laboral determinado de forma temporal, puede tener en determinados casos un efecto reflejo en la mejora del estatuto retributivo-profesional del trabajador afectado por la movilidad, pero su principal objetivo es evitar que tal situación no plantee un problema de alteración de las reglas de competencia empresarial vigentes en dicho mercado.

Consecuentemente, es la defensa de las reglas de competencia leal y transparente y no tanto la tutela del trabajador la razón de ser de la regulación comunitaria (y nacional) de este tipo de desplazamientos de trabajadores. Pero, tales reglas restrictivas o limitadoras del ejercicio de la libertad

² Además, en múltiples Sentencias del TJCE se pone de relieve, sobre todo, la inexistencia de un mercado de trabajo comunitario, en el que el factor productivo «trabajo» circule libremente, sin que pueda suponer un perjuicio para la competencia. Sobre la perspectiva incierta de un Derecho europeo del trabajo *vid.*, H. LE NABASQUE: «Un droit européen des sociétés?», *Cap. II, Le Droit privé européen*, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Economica, Paris, 1998, pág. 116 y ss.

³ Para una crítica de la función de este principio en el Derecho de trabajo *vid.*, G. LYON-CAEN: «Subsidiariedad et droit social européen», *Droit Social*, núm. 4, 1997, pág. 382 y ss. Para una crítica global de este planteamiento *vid.*, H. LE NABASQUE: «Un droit européen...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 118 (marg. 16).

⁴ *DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18/1. Sobre las Directivas que actúan permitiendo un nivel más intenso de protección *vid.*, B. VON HOFFMANN: «Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht», *ZfRV*, vol. 36, 1995, págs. 45-54.

comunitaria de prestación de servicios representa más que un impulso a la realización de objetivos estrictamente comunitarios de consecución de un Mercado Único, sea de servicios sea de trabajo, una concesión a las exigencias de funcionamiento de los mercados nacionales de trabajo, en especial de aquellos que mantienen, respecto de otros países miembros, un diferencia relevante en favor de una mayor protección de los trabajadores, tanto en materia laboral como sobre todo, aunque no es objeto de la Directiva, en materia de protección social.

En este sentido, uno de aquellos lugares comunes que antes se señalaban es el considerar que tras el planteamiento de la Directiva 69/71 reside la preocupación por la prevención del fenómeno del «*dumping* social», que se acentúa como consecuencia de las divergencias existentes en cada una de las legislaciones de los Estados comunitarios acerca de las condiciones laborales de los trabajadores. Si se atiende y se estudia detenidamente una definición de *dumping* social, se observa que este concepto está pensando, más bien, en las desventajas competitivas que pueden ocasionar las divergencias en cuanto a la regulación por cada uno de los Estados comunitarios de los conceptos de orden social relativos a la cotización de las empresas a los organismos de Seguridad Social para asegurar a sus trabajadores o empleados ⁵.

Por tanto, si se comprende que las desventajas competitivas que supuestamente dieron lugar a que se elaborara la Directiva no se refieren sólo (o no tanto) a las condiciones laborales de los trabajadores desplazados (salario, jornada de trabajo, etc.) cuanto a las cuestiones sociales, y, sobre todo, a las cotizaciones a los organismos de la Seguridad Social que han de abonar los empresarios, comienza a relativizarse el alcance que se ha pretendido dar, por lo general, a las disposiciones de la Directiva. Con esto no queremos en modo alguno banificar o neutralizar el valor regulador de la norma comunitaria (y la nacional), sino tan sólo poner de relieve que su enfoque debe ser parcialmente diferente, lo que tiene relevancia a los efectos de su comprensión, esto es, de su análisis jurídico y de su posterior aplicación.

Si se observa el valor de la norma comunitaria estrictamente desde la óptica de la prevención de la competencia desleal a través de la corrección de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados (en el sentido de que se aproximen en todos los Estados comunitarios) incidiendo especialmente en la regulación del contrato de trabajo de dichos empleados en el espacio comunitario, se observan los problemas y las desventajas que implica para el espacio comunitario. Estas cuestiones serán objeto de un análisis más en profundidad a continuación.

⁵ Como se ha señalado, tal desventaja competitiva se produce porque: «aquellas empresas establecidas en los Estados miembros donde la legislación social es menos ventajosa para los trabajadores, incurrirán en menores costes de producción, y podrán desplazar su personal y prestar sus servicios en los Estados miembros donde los trabajadores se encuentran más protegidos, en condiciones más ventajosas que las de las empresas allí establecidas, pues éstas tendrán que hacer frente a unos costes de mano de obra superiores» (cfr., J.J. MARTÍNEZ MURILLO: «Cesión de trabajadores, subcontratación y *dumping* social», *Gaceta Jurídica CEE*, B-67, 1991, pág. 15 y ss.). Para una visión crítica del concepto de *dumping* vid., Steinmeyer: «Sozialdumping in Europa-Perspektiven einer arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsprechung», *DVBl.*, 1995, pág. 962.

Es preciso realizar una advertencia previa si pasamos del terreno de las opciones de política jurídica a las de técnica jurídica empleadas para ordenar esta cuestión, que adquiere una creciente trascendencia ante los importantes cambios que se están produciendo tanto en los modos de organizar el trabajo cuanto en la propia estructura de las empresas. En efecto, si por lo general se ha entendido que la Directiva corrige en gran medida, e incluso excepciona, la regla general aplicable en atención a lo dispuesto en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, un estudio más detenido del complejo de normas afectadas y su interpretación sistemática, puede llevar a una conclusión diferente.

Tampoco cabe identificar una igual actitud de los Estados miembros en relación a la transposición de esta Directiva. Así, si bien nuestro legislador ha apurado extremadamente las posibilidades temporales de transposición, con los efectos negativos que ello tiene en el plano de la técnica legislativa, en otros países no se ha llevado a cabo una operación de este tipo. Por ejemplo, la Directiva no ha sido transpuesta aún por el Gobierno alemán ni francés (principales actores de los problemas que planteó la llegada de trabajadores desde otros Estados comunitarios con un nivel de vida más bajo).

Esta postura se explica (aunque no se justifica) en la circunstancia de que poco tiempo antes de la aprobación de la Directiva por el Consejo (la citada norma comunitaria es de 16 de diciembre de 1996), tanto en Alemania como en Francia se habían aprobado sendas leyes relativas a los desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios internacional⁶. Tales leyes, al no haber sido promulgadas como consecuencia de la transposición de la Directiva, no «pueden» interpretarse de conformidad con el Derecho comunitario, con los problemas que puede conllevar en orden a su consideración de Derecho comunitario o al nacimiento de normas internacionalmente imperativas de origen comunitario⁷.

Estas y otras razones aconsejan, sin duda, un estudio en profundidad de esta interesante y significativa cuestión práctica. En todo caso, la reciente entrada en vigor de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional convierte en inexcusable el interés por el estudio del régimen jurídico de la relación laboral de estos trabajadores, que despliegan su actividad profesional de forma temporal en un Estado distinto del lugar en el que trabajan habitualmente (que no tiene que coincidir necesariamente con el lugar en el que la empresa tiene su establecimiento)⁸.

⁶ Vid., Ley sobre las condiciones de trabajo obligatorias en los casos de prestación de servicios transfronteriza, de 26 de febrero de 1996 (*Gesetz über zwingenden Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, AEntG, BGBl I*, 1996, pág. 227 y ss.), cuya entrada en vigor se produjo en Alemania, el 1 de marzo de 1996. Esta Directiva aún no ha sido transpuesta en otros Estados comunitarios.

⁷ Vid., U. EHRICKE: «Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts», *RabelsZ.*, vol. 59, 1995, págs. 609-634.

⁸ *BOE* núm. 286, de 30 de noviembre de 1999.

II. DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: CUESTIONES PRELIMINARES

1. Ordenación de las relaciones de trabajo en una economía de mercado integrada: Mercado Común, descentralización productiva y *dumping* social.

1.1. Globalización económica y «exteriorización» de la organización del trabajo en la empresa.

La Directiva 96/71/CE nace a partir de la constatación de la circunstancia de que las empresas cada vez con más frecuencia prestan sus servicios en territorios de Estados distintos de los Estados en que se encuentran establecidas o situados sus establecimientos principales. La movilidad de los trabajadores (al menos de forma más clara en el caso de los grupos de empresas), deriva del propio interés empresarial por prestar servicios más allá de las fronteras del Estado en el que se encuentra la empresa principal. Por tanto, la «movilidad empresarial» o la «movilidad de sociedades» constituye el presupuesto o punto de partida de los objetivos que está destinada a cumplir la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional⁹. La libre prestación de servicios, en cuanto libertad fundamental del Derecho Comunitario, experimenta una creciente importancia y se consolida no sólo en el plano formal sino en el plano efectivo.

En efecto, cada vez más, cuando una empresa de dimensión comunitaria (o transnacional) se desplaza en el marco de una prestación de servicios a un Estado miembro, distinto de su país de origen o establecimiento, lo hace acompañada de sus propios trabajadores, movilizándolos o desplazándolos, por un tiempo necesariamente limitado, al territorio del país de destino, donde se prestan los servicios, suponiendo ello la afirmación de una movilidad geográfica transnacional, no excluida, antes bien posibilitada, por el artículo 40 LET, por lo que respecta a nuestro Derecho¹⁰. Pero esta difusión de prácticas de movilidad transnacional se vincula igualmente a un fenómeno mucho más amplio, y de consecuencias convulsivas en los ordenamientos laborales nacionales, como es la «exteriorización» del empleo y de la organización del trabajo en las empresas, esto es, en nuestra expresión más aquilatada, frente a la anglosajona «*outsourcing*», «*descentralización productiva*», que ahora asumiría una dimensión internacional (v.g.: *descentralización productiva internacional*), así como con el más reciente fenómeno de «*deslocalización del empleo y de la empresa*», del que representa una suerte de modalidad singular pero crecientemente característica¹¹.

⁹ Cfr., J.J. MARTÍNEZ MURILLO: «Cesión de trabajadores...», *loc. cit.* 1991, pág. 15 y ss.

¹⁰ La atención de iusinternacionalprivatistas y de iuslaboralistas a estos temas va en aumento, en paralelo a su incremento en la realidad económico-mercantil de nuestros días. Para estudios pioneros en nuestro Derecho *vid.*, M.E. CASAS BAAMONDE: «Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios» en, A.A.V.V.: *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, pág. 83 y ss; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Desplazamientos temporales de trabajadores y legislación aplicable al contrato de trabajo», *RL*, 1993-II, pág. 384 y ss.

¹¹ *Vid.* respecto al primero F. CASANI *et al.*: «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», *RL*, núm.14, 1998, pág. 24 y ss. Para la deslocalización de la empresa, consecuencia típica de la globalización económica y de la libertad de establecimiento en países con condiciones de trabajo muy inferiores a las europeas, *vid.*, M.A. MOREAU: «Les délocalisations des entreprises à l'étranger» en, *Les intérêts fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, PUF, Aix-Marseille, 1994, *passim*.

Como es sabido, la descentralización productiva, tradicionalmente referida a contrata y sub-contrata hoy abarca una amplia variedad de modalidades o formas que, si bien obedecen a diversas necesidades económicas y de mercado, mantienen objetivos comunes y, en cualquier caso, suscitan muchos problemas para su regulación, máxime en un ámbito transnacional (v.gr. grupos de empresas, contratos de franquicia, teletrabajo, subcontratación, puesta a disposición internacional en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal, en adelante ETTs). En todo caso, todas estas formas de exteriorización o de gestión externa de obras o servicios mediante diferentes modalidades negociales o de mercado (v.gr. contrato) y/u organizativas (v.gr. poder de dirección unitario o jerarquía), responden a una misma idea: *obtener una ventaja competitiva mediante una gestión empresarial basada en la reducción del importe de los costes del trabajo como consecuencia del desplazamiento al «exterior» de su organización de parte de los trabajos necesarios para el fin de la empresa, que son realizados por trabajadores «ajenos» a la plantilla* ¹².

Se trata, pues, de una «movilidad en el empleo» no de una «movilidad por el empleo», por lo que el factor determinante no es la libre voluntad o iniciativa del trabajador sino el cumplimiento de la misión atribuida por el empresario en el ejercicio -v.gr. transnacional- de su poder de dirección y/o modificación geográfica de la prestación, aunque con carácter temporal y no definitivo ¹³. Consecuentemente, *esta movilidad geográfica transnacional está, en el ámbito comunitario, al servicio de un principio económico básico: la consecución del mercado único en condiciones óptimas de competitividad*.

Al menos formalmente, puesto que en el fondo la protección se dirige también, como indicamos, a proteger el trabajo en los mercados nacionales, la preocupación de las Autoridades Comunitarias por garantizar una ordenación del mercado interior de servicios libre de cualquier interferencia distorsionadora de la competencia llevó a la aparición de específicas normas orientadas a evitar los efectos perversos que estos desplazamientos temporales de trabajadores pueden generar. Ésta sería una de las finalidades que explica la promulgación de la referida *Directiva 96/71/CE*, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Esta norma incorpora una obligación de aplicar el denominado «núcleo duro» del Derecho del Trabajo (v.gr. *orden público socio-laboral*) a todos los trabajadores que presten sus servicios en el territorio de un Estado miembro, incluidos los desplazados temporalmente. De este modo, a una finalidad netamente jurídica, cual es la de fijar las reglas adecuadas para resolver un específico supuesto que pone en relación normas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos (v.gr. técnica «conflictual» del Derecho Internacional Privado), se añaden, y de forma prevalente, otras de carácter económico -v.gr. protección de la competencia, protección de niveles de ocupación en los mercados nacionales- y de carácter social -garantía de un estatuto mínimo de tutela a los despla-

¹² A tal fin, no sólo sería indiferente la ubicación de estos sujetos trabajadores sino que incluso se abren crecientes posibilidades para que estos procesos de «exteriorización» de la organización, por tanto de la plantilla, y «externalización» de sus costes, se vinculen a nuevas formas de movilidad internacional.

¹³ Cfr. G. LYON CAEN: «La mise à disposition internationale de salarié», *Droit Social*, 1981, pág. 34 y ss.

zados-¹⁴. De esta forma, y pese a lo que suele afirmarse por la doctrina iuslaboralista, que tiende a ver en esta Directiva un producto normativo muy singular, extraño al tipo tradicional de las normas laborales de esta naturaleza, estamos en realidad ante una típica Directiva del Derecho Comunitario del Trabajo¹⁵, históricamente marcado por una profunda influencia del Derecho de la Economía.

La peculiar problemática que estos supuestos de movilidad transnacional presenta cuando se enmarcan en la actividad de las ETTs ha motivado un tratamiento específico por parte de esta Directiva, así como, en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de transposición. Pero un adecuado entendimiento del significado y alcance de la regulación suministrada por la Directiva y por la Ley de transposición a la actividad de puesta a disposición transnacional requiere encuadrar esta *técnica de cooperación interempresarial* en el contexto socio-económico e institucional más amplio que le sirve de telón de fondo.

El entrecruzamiento o la interacción de estos dos fenómenos, ambos de dimensión jurídico-económica compleja y de alcance organizativo-empresarial, la difusión de las estrategias de gestión externa de la empresa, y de sus recursos, también los «recursos humanos», y la constitución de un Mercado Único o Común en un espacio regional o territorial concreto -Europa-, ha implicado una especial intensificación de las prácticas de descentralización productiva transnacional, multiplicándose los supuestos de prestación de servicios y de movilidad entre empresas de dimensión comunitaria. La creciente convergencia y consolidación de las libertades económicas clásicas reconocidas en el ámbito de la Unión Europea, con sus efectos comunes de liberalización de la circulación de servicios y personas y prohibición de la discriminación por razones de nacionalidad, impulsa estrategias de mejora de la posición competitiva de las empresas europeas a través de fórmulas de cooperación transnacional entre empresas de distinta nacionalidad, que intensifican la contratación de prestaciones de servicios entre empresas europeas.

Además, la necesidad de responder adecuadamente a los desafíos o retos planteados por este nuevo contexto competitivo de una economía integrada a las empresas, ha llevado a fomentar la creación de *grandes grupos europeos* -incluso multinacionales-, por cuanto permiten realizar, en una misma estrategia, aunque compleja, dos procesos que, aparentemente opuestos, resultan extremadamente convergentes:

- La mejora de la dimensión empresarial mediante técnicas de concentración económico-financiera, por un lado, y

¹⁴ Cfr. M.A. MOREAU: «Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne», *Journal de Droit International*, núm. 4, 1996, pág. 889 y ss; R. SMITH/C. VILLIERS: «Protectign internationally posted workers», *The Juridical Review*, núm. 3, 1996; W. DAUBLER: «La Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores: ¿un instrumento para protegerse del dumping social», *Revista Treball*, núm. 24, 1994, pág. 81 y ss.

¹⁵ Aunque su base jurídica no haya sido el artículo 100 A) sino los artículos 57, pár. 2.º y 66 del TCE.

- Por otro, la reducción de las estructuras productivas, en especial el volumen de ocupación, a los componentes más básicos de la gestión, para transferir hacia el exterior el resto de las funciones necesarias, para cuya gestión, en buena medida indirecta, se procuran técnicas de mercado, como es la contratación -v.gr. subcontratación, contratos de franquicia, contratos de puesta a disposición internacional, contratos de arrendamiento de servicios y de obra...¹⁶⁻.

1.2. Segmentación de los mercados de trabajo y modelos de competitividad: la descentralización productiva internacional como vía de reducción de costes.

En este marco, las empresas más flexibles, esto es, aquellas que cuentan con menos rigideces a la hora de organizar y gestionar sus recursos, incluso en un contexto transnacional, por disponer de una tupida red de relaciones contractuales con una amplia gama de sujetos que facilitan la reducción o ampliación de recursos, según necesidades, o la movilidad geográfica, incluso internacional, de los mismos, ostentan mejor posición competitiva. De ahí que este complejo modelo de gestión -articulada pero descentralizada- se haya generalizado en el entorno económico europeo marcado por la libertad de prestación de servicios, la volatilidad de las inversiones, la apertura de mercados, la innovación tecnológica, los cambios de las exigencias de la demanda, etc.

Ello ha permitido, sobre todo a las grandes empresas, lograr sustanciales ventajas en términos de reducción de costes de explotación, de inversiones en inmovilizado, en infraestructura e, incluso, mediante la mayor especialización y celeridad en la prestación de servicios. Pero, sobre todo, ha hecho posible una mayor flexibilidad en la organización y gestión del factor productivo trabajo, cuyos costes y responsabilidades añadidas son objeto de desplazamiento hacia otros sujetos empresariales, por lo general dotados de menor solidez económica y financiera, abriendo la vía a decisiones de reestructuración o ajustes de plantilla sin el coste previsto normalmente para tales decisiones por las normas laborales¹⁷.

Pues bien, el proceso de integración económico-monetary europeo permite aprovechar tanto las ventajas de reducción de costes, en virtud de la flexibilidad que permiten estas nuevas formas de ingeniería jurídico-contractual y económico-organizativas, cuanto la ventaja competitiva que permite la significativa diversidad de regulaciones, todavía hoy existente, si bien cada vez menor, entre los ordenamientos laborales de los Estados miembros (*diferencia territorial*). En efecto, la intensificación de las prácticas de descentralización productiva transnacional en el marco de la Unión, con

¹⁶ Para un planteamiento clásico en la materia *cfr.*, G. LYON-CAEN: «Le droit, la mobilité et les relations du travail», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, núm. 34, 1991; *id.*: «La mise a disposition...», *loc. cit.*

¹⁷ *Cfr.* recientemente para un cuadro de síntesis G. BABREIRO: «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *REDT*, núm.94, 1999, pág. 42 y ss. Más detenido el análisis de J.L. MONEREO: *La responsabilidad empresarial en casos de contratas y subcontratas*, *Ibíd.*, 1992, *passim*.

su corolario de movi­lidades geográficas internacionales de los trabajadores, aunque temporales, viene también animada por la diferencia de regímenes nacionales que, como es obvio, supone paralelas diferencias de costes socio-laborales ¹⁸.

Al mismo tiempo, es también sabido que tampoco las normas de Derecho Internacional Privado presentan la suficiente uniformidad como para confiar en soluciones suficientemente armonizadas, lo que supone, en su conjunción, una fuente importante de efectos perjudiciales, al menos potencialmente, para el correcto funcionamiento del Mercado Único.

El entrecruzamiento de ambas realidades normativas diversificadas provoca, en primer lugar, un incremento de las situaciones de inseguridad jurídica, tanto para los trabajadores como para las empresas que operan en los diversos mercados nacionales. En segundo término, esta continuidad de la divergencia de regulaciones conlleva condiciones de competencia desiguales entre las empresas europeas, que es fuente de graves problemas en la ordenación de una competencia económica, normativa y socialmente correcta (leal). El aprovechamiento de estas ventajas competitivas generadas, no por la forma económico-organizativa elegida para realizar la actividad de empresa sino por la diferencia de costes que supone aplicar una u otra legislación nacional, puede desembocar en una creciente espiral de disfunciones en la competencia. Como es sabido, esta situación supone un paradigma de competencia basado en la presión continua hacia la baja de los precios del factor trabajo, mejorando con ello la posición competitiva del Estado con menores garantías socio-laborales, con el consiguiente efecto «deslocalizador» de las organizaciones empresariales de los Estados con mejores estándares de tutela socio-laboral, que tienden a trasladarse a los Estados cuyos costes resultan menores, y de «precarización» de las condiciones de empleo y protección social ¹⁹.

Este elemento aparece extraordinariamente difundido desde hace tiempo en los debates relativos a los procesos de integración económica, recrudesciéndose el problema con la nueva etapa de globalización de la economía mundial. El argumento se resume así:

«en una economía mundial interconectada, los países que niegan a sus trabajadores salarios y condiciones laborales decentes tendrán una ventaja competitiva sobre los países con mejores condiciones laborales. Al ser explotada esta ventaja por los productores con peores condiciones, los productores de los países con mejores condiciones se verán obligados a responder recortando los salarios y los beneficios sociales y empeorando las condiciones de trabajo en una carrera destructiva hacia el mínimo» ²⁰.

¹⁸ Como se observará, la integración de la economía conlleva «la formación de mercados de trabajo integrados, y tratarán de sacar provecho también de este aspecto» (cfr. PÉREZ DEL CASTILLO: «El Mercosur, historia y esperanza», *RIT*, vol. 112, 1993, núm. 4).

¹⁹ Cfr. J.C. JAVILLIER: «Pragmatismo e innovación en el Derecho Internacional del Trabajo», *RIT* vol. 113, 1994, pág. 41 y ss.

²⁰ Cfr. R. REICH: «Abrir mercados a la democracia», *RT*, núm. 3, 1991, pág. 24 y ss.

El riesgo es particularmente cierto, y grave, en una etapa volcada, con las nuevas tecnologías informáticas, con el dominio de las políticas monetaristas, con la hegemonía de la economía especulativa, la reactualización de los valores mercantilistas, en la internacionalización de los mercados y en la búsqueda de cotas cada vez más altas de competitividad. Y aunque no es menos cierto que son muchos los flancos de crítica que esta idea presenta, por cuanto proyecta un análisis extremadamente lineal y simplificado, que ignora otros factores de competitividad y otras exigencias, en especial sociales, de la regulación de los mercados, no puede en modo alguno desdeñarse, como ilustra la experiencia europea, y en especial la española, de la última década y media, *la significativa influencia de las prácticas laborales en los comportamientos empresariales de reorganización y determinación de la estructura de costes de producción* ²¹.

En el estricto plano transnacional, ambos fenómenos -v.gr. inseguridad jurídica, competencia por la presión a la baja de los precios de mano de obra entre Estados- confluyen en un cambio, no siempre transparente, de las reglas de juego, para y por los distintos sujetos económico-empresariales, en especial las fijadas en los ordenamientos sociales, elaborados en un largo período de construcción y maduración y que, ahora, sin embargo, ven cómo se desmoronan no sólo ante las metamorfosis de los sectores productivos e industriales sobre los que se construyeron -v.gr. sociedad de la automatización-, sino ante la «caída» de las fronteras y barreras a las libertades de mercado. Por tanto, las exigencias de tutela, sea del estatuto jurídico-profesional de los trabajadores, sea del funcionamiento leal de la competencia entre las empresas comunitarias, a falta de una suficiente normativa comunitaria armonizadora o uniformizadora de las condiciones de trabajo de los diferentes países miembros -v.gr. un auténtico Derecho Social Comunitario- ²² pasan por la garantía de aplicación por el Estado de destino o de acogida de estos peculiares «flujos migratorios» o desplazamientos temporales transnacionales, de un mínimo marco regulador de las relaciones de trabajo temporales en el seno de una prestación transnacional de servicios ²³.

²¹ Aunque el nivel salarial o de protección normativa ni es el único factor que incide en el coste de producción, ni tan siquiera el principal, ni tampoco actúa de modo directo o automático, además de que ningún mercado funciona al margen de normas (cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ: «Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre el comercio», *RT*, núm. 3, 1994). En cualquier caso, la necesidad de hacer las cuentas con estas prácticas laborales de los diferentes países, procurando buscar una mínima uniformidad, un mínimo estatuto protector en los países menos desarrollados y una mayor flexibilidad, que no necesariamente precariedad, en los países desarrollados, parece inexcusable. (Vid. R. REICH: *ibidem*).

²² Cfr. F. DURÁN LÓPEZ: «La armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1990. Las reglas de armonización de mínimos *ex artículo 137*, pár. 2.º del TCE -versión consolidada del Tratado de Amsterdam-, junto con el carácter de puras normas de coordinación asumido por el Derecho Comunitario de Seguridad Social, simplemente instrumental al servicio de la libertad de circulación de trabajadores, permiten la perpetuación de sensibles diferencias en el grado de protección socio-laboral.

²³ En este sentido, la propia Directiva 96/71, en su considerando 6, recuerda cómo la «transnacionalización de las relaciones de trabajo plantea problemas sobre el Derecho aplicable a dicha relación y que la determinación de las condiciones de trabajo y empleo redundan en beneficio de las partes».

Así, la citada Directiva pretende asegurar, como vimos, el respeto por las empresas establecidas en la Unión Europea, de unas condiciones mínimas. Por tanto, inicialmente esta regulación parece suponer una quiebra o una corrección parcial de la regla del reconocimiento mutuo²⁴. Aunque la referencia a la ley del Estado de origen está pensada, fundamentalmente, para favorecer el ejercicio de la libre circulación de mercancías, vale también para la libertad de prestación de servicios.

Sin embargo, esta regla no se ha utilizado en el ámbito de la competencia, en el que se sigue empleando el criterio del *target market* o ley del Estado de destino, en la medida en que la legislación protectora de la libre competencia (nacional o comunitaria) se aplicaría sólo cuando una determinada conducta tenga efectos en un determinado mercado (nacional o comunitario). Esta explicación puede servir para comprender la regulación que da la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, ya que está más preocupada por mantener la libre competencia en cada uno de los mercados de trabajo de los Estados parte que en conseguir un mercado comunitario de servicios realmente competitivo, que sólo está contemplado parcialmente.

Además, esta opción de política jurídica favorable a una mayor presencia o una mayor intervención reguladora de las normas de los Estados destinatarios de las prestaciones de servicios, se vincula estrechamente con la llamada «competencia reguladora» o «competencia entre sistemas legales». Por tal se entiende aquella situación en la que como consecuencia de la ausencia de barreras al comercio y a la movilidad de los factores de producción los agentes económicos buscan aquel sistema jurídico que les resulte más favorable, lo que puede provocar que los Estados cuyos ordenamientos no sean excesivamente favorables a la actividad económica se vean abocados a adaptar o modificar su legislación, para que sus empresas no sufran una desventaja competitiva²⁵.

Ahora bien, entre las medidas a adoptar en el plano normativo, y al margen de insistir en los efectos ventajosos de la proliferación de las denominadas «cláusulas sociales», tanto fijadas en tratados cuanto por decisiones unilaterales de los Estados -v.gr: preferencias aduaneras y de inversión-, también la revisión de las reglas e interpretaciones tradicionales del Derecho Internacional Privado aplicables al contrato de trabajo ocupa un lugar de privilegio en este movimiento de reformas. En efecto, las diferentes técnicas reguladoras, y no sólo las propiamente conflictuales, aunque sin duda éstas todavía hoy las más características, del pujante Derecho Internacional Privado del Trabajo, se configuran cada vez más, reavivando una de las finalidades fundamentales del Derecho del Trabajo de los orígenes, como un instrumento al servicio de la ordenación leal de la competencia en mercados crecientemente integrados.

²⁴ Que como construcción jurisprudencial ha nacido a través del reconocimiento de la existencia de un principio que está vigente en el Derecho comunitario: el principio de la aplicación de la ley del Estado de origen, de conformidad con el cual los Estados comunitarios delegan las facultades de control y de supervisión al Estado comunitario de origen de las mercancías o de los servicios (cfr., M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, EUROLEX, Madrid, 1999, págs. 98-99).

²⁵ En general J.M. SUN/J. PELKMANS: «Regulatory competition in the single market», *JCMS*, vol. 33, núm. 1, marzo de 1995, págs. 67-89. Para los argumentos críticos de las «ventajas» de la competencia reguladora entre los Estados comunitarios vid. M. GARDEÑES SANTIAGO: *op. cit.*, pág. 236 (nota núm. 173) y Dehousse: «Integration vs. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community?», *JCMS*, núm. 4, diciembre de 1992, págs. 395-396.

1.3. El concepto de «lugar de prestación habitual del trabajo»: definiciones y problemas.

En el marco de una ordenación jurídica de las relaciones económicas internacionales que favorece la movilidad de todos los factores productivos, incluido el trabajo, las reglas del Derecho Internacional Privado tienen también reservado un decisivo papel no sólo en la lucha contra los eventuales efectos negativos de los procesos de movilidad sino de garantía de una competencia leal y sin distorsiones indebidas, impidiendo la competencia desleal entre Estados mediante la presión a la baja sobre los precios del factor trabajo, objetivo prioritario del Derecho Comunitario²⁶. Una de las reglas clásicas es precisamente la que ha venido favoreciendo la aplicación del ordenamiento del lugar de realización habitual del trabajo, que ha sido y sigue siendo en la actualidad el principal criterio o factor que utiliza el legislador en el ámbito del Derecho Internacional Privado del Trabajo.

Sin embargo, no es frecuente la elaboración de definiciones, cada vez más necesarias en un espacio económico integrado, en el que la «movilidad» de los trabajadores demanda mayor claridad para determinar tanto la competencia internacional como el Derecho que se aplica al contrato de trabajo internacional. Tanto el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Lugano de 1988, como el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, emplean este criterio como foro de competencia y como punto de conexión, respectivamente.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido relativamente prolijo en sus decisiones acerca de la comprensión de este concepto. La movilidad de trabajadores en el espacio comunitario y, más concretamente, el desplazamiento de trabajadores en dicho espacio, parece que pone en tela de juicio una «tradicional» interpretación de este concepto, pues el lugar de prestación o realización habitual del trabajo no puede identificarse, sin más, con el lugar en el que el trabajador realiza la mayor parte del trabajo o tiene su actividad principal²⁷. Por el contrario, podría construirse un concepto de lugar habitual del trabajo orientado al mercado, para cuya definición se tomaría en cuenta el «reclutamiento» del trabajador en determinado mercado. En el caso de los trabajadores desplazados también constituye un punto importante, pues puede considerarse que el trabajador es reclutado en el mercado del lugar al que es desplazado²⁸.

Consecuentemente, un problema previo es identificar el lugar en el que se presta habitualmente el trabajo, a los efectos de determinar el lugar al que ha sido desplazado el trabajador y por tanto, para identificar los supuestos que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la

²⁶ Cfr. por todos, si bien sobre una reconstrucción del significado de la Directiva 71/96/CE y sus relaciones con el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales que no compartimos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *RL*, núm. 10, 1996.

²⁷ *Vid.* en este sentido, la Sentencia TJCE (As. C-383/95), de 9 de enero de 1997 (Petrus Wilhemus Rutten c. Cross Medical Ltd.).

²⁸ Para un desarrollo más extenso de esta interpretación del lugar de realización habitual del trabajo orientado al mercado *vid.*, P. MANKOWSKI: «Der gewöhnliche Arbeitsort im Internationalen Privat- und Prozessrecht», *IPRax.*, 1999, págs. 336-337.

Directiva comunitaria y la ley española de transposición (porque serían conceptos antitéticos u opuestos, tal y como se presentan normalmente por el análisis mayoritario). Esta concepción, además, determina también el régimen jurídico de la relación laboral internacional del trabajador desplazado, que se determina tanto en competencia como en ley aplicable, a través de dicho lugar.

Con claridad, la Directiva comunitaria sólo está dando respuesta a un conjunto específico de supuestos: aquellos en los que el empresario desplaza, con ocasión de un concreto trabajo a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios internacional. Por tanto, quedan fuera de su ámbito los que suponen la habitual prestación del trabajo en Estados comunitarios distintos por parte del trabajador extranjero, bien porque la empresa tenga establecimientos distintos en varios Estados, bien porque mantenga relaciones frecuentes con clientes, a los que el trabajador visita periódicamente.

Esta limitación inicial de su ámbito operativo no resulta comprensible si se toma en cuenta la cercanía de los Estados comunitarios (especialmente los centro-europeos) que determina la gran facilidad con la que se presentan supuestos de movilidad de trabajadores y, por tanto, de desplazamiento transnacional. Quizá este volumen de casos sea aún más importante que el previsto por la Directiva, que desde su propio nacimiento, ya se ha quedado corta. Y es que, uno de los principales problemas que presenta la Directiva es que no ha considerado que, en la actualidad, la movilidad de los trabajadores en el espacio comunitario no se sitúa en las estrictas coordenadas «lugar temporal» y «lugar habitual» de realización del trabajo.

2. La movilidad geográfica intracomunitaria en el marco de una prestación de servicios: supuestos legales y determinación de las condiciones de trabajo.

2.1. El extraño origen de la nueva regulación: reconocimiento obiter dicta por el TJCE de la posibilidad de aplicar la lex locis temporal.

Aunque es habitual poner de relieve que la regulación comunitaria de los desplazamientos temporales en el marco de una prestación transnacional de servicios tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria, por lo que podría pensarse que viene directamente exigida por los propios principios y reglas que rigen el Derecho Comunitario, en realidad, esta normativa tutelar *constituye una concesión del Tribunal a las reivindicaciones de las autoridades francesas*, preocupadas por los efectos negativos en sus tasas de empleo de las prácticas deslocalizadoras de la actividad inducidas por esta libertad de prestación de servicios. Por lo tanto, pese a lo que generalmente se cree, el origen de esta regulación está en una *medida eminentemente protectora de los mercados internos o nacionales de trabajo*, más que en una norma protectora del mercado comunitario del trabajo.

En efecto, ante la alegación del Gobierno francés del importante riesgo de perturbación de su mercado de trabajo inherente a un recurso sistemático a empresas prestatarias de servicios procedentes de otros Estados miembros, el TJCE se cree en la obligación de precisar, para calmar o tranquilizar esta preocupación, en un simple *obiter dicta* que:

«el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario»²⁹. De la misma manera que no prohíbe a aquellos que «impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto».

La *ratio decidendi*, esto es, la doctrina legal fijada en esta jurisprudencia y la fundamentación principal se centró, en cambio, en la defensa firme de la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión, de modo que

«las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio deben realizarse las obras no pueden imponer condiciones al prestador de servicios referentes a la contratación de mano de obra *in situ* o a la obtención de un permiso de trabajo para el personal portugués».

No era, por tanto, una preocupación fundamental del TJCE la aplicación de la legislación del Estado de destino o de «acogida», ni por tanto de esta jurisprudencia podría derivarse que la regla general aplicable en esta materia fuese, por imperativo comunitario, la aplicación de tal legislación. En cambio, como evidencia una reiterada línea jurisprudencial anterior, e incluso posterior, la perspectiva fundamental adoptada por el TJCE en orden a la ordenación de los desplazamientos transnacionales de trabajadores es el reforzamiento y la interpretación extensiva, por tanto favorecedora o promotora, de la libre prestación de servicios interempresas, no sólo al margen sino, incluso, primando esta libertad sobre la libertad de circulación de trabajadores³⁰.

²⁹ Cfr. la conocida Sentencia del TJCE, de 27 de marzo de 1990, As. C-133/89, *Caso Rush Portuguesa*, págs. I-1.445, marg. núm. 18. Como se sabe, Rush Portuguesa, Lda, era una sociedad portuguesa con domicilio social en este país, dedicada a la construcción de obras públicas. Esta empresa concluyó con una sociedad francesa una subcontrata para la realización de trabajos en algunos talleres del *TGV Atlantique* en Francia. A fin de realizar estos trabajos, Rush trajo de Portugal a sus trabajadores, de nacionalidad portuguesa. Por su parte, los servicios de inspección de trabajo franceses efectuaron varios controles en dos de las obras subcontratadas por Rush, detectando lo que entendían que eran varias infracciones del Código de Trabajo francés. Según las Actas levantadas, tales trabajadores no iban provistos de los permisos de trabajo que el artículo L.341,6 del *Code du Travail* exige a los nacionales de terceros países, ni habían sido contratados por la Oficina Nacional de Inmigración. Para comprender el problema realmente suscitado hay que recordar que en el momento en que se suscitaron estos hechos estaba vigente el período transitorio en el que no era aplicable la libertad de circulación de trabajadores en su sentido pleno, ante la reciente incorporación de Portugal -y España- a la CE.

³⁰ Aunque en última instancia, y bien visto, como ha hecho tanto el CES y el propio legislador español, los desplazamientos temporales motivados por la proliferación de prestaciones de servicios transnacionales no sean sino una nueva forma o modalidad de circulación de trabajadores en el mercado comunitario (cfr., CES: *Dictamen núm. 10 sobre el Anteproyecto de Ley relativo al Desplazamiento de trabajadores*, Sesión extraordinaria del Pleno de 9 de junio de 1999, pág. 1).

Un enfoque jurisprudencial perfectamente claro en la doctrina anterior a la célebre Sentencia del TJCE *Rush Portuguesa*. Así, en el As. *Webb* -Sent. del TJCE, de 17 de diciembre de 1981, As. 279/80, *Rec.* 1981, p. 3.305, apartado 17-, en el que se planteaba la legitimidad de un supuesto de cesión de trabajadores por una compañía británica en Holanda sin las autorizaciones exigidas para tal actividad por la ley de este país, se consideró plenamente aplicable el principio/derecho de libre prestación de servicios, que dado su carácter básico o fundamental del Tratado

«sólo puede limitarse mediante normativas justificadas por el interés general y que se refieran a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio de dicho Estado, en la medida en que dicho interés no esté salvaguardado por las normas a las que está sometido el prestador de servicios en el Estado miembro en el que está establecida».

Posteriormente se añadió a esta doctrina que la restricción establecida por un régimen nacional debe ser necesariamente objetiva para asegurar la protección de un interés admisible desde el punto de vista comunitario. Al mismo tiempo, se deja igualmente afirmado con claridad que la aplicación de medidas nacionales, aunque estén inspiradas por el interés general, y a primera vista sean aplicables sin distinción, no pueden ser innecesariamente reiterativas de las normas vigentes en el Estado miembro del establecimiento. Se trata con ello de evitar discriminaciones encubiertas o indirectas de prestadores de servicios de otro Estado miembro en relación con los prestadores de servicios nacionales³¹. Todos estos principios y reglas quedaron ya ampliamente recogidos y fijados en la Sentencia del TJCE *Seco*, de 3 de febrero de 1982³².

En este caso, el litigio principal versaba sobre la ejecución de trabajos temporales en Luxemburgo por empresas francesas que para ello empleaban trabajadores de países terceros, los cuales durante la ejecución de las obras en Luxemburgo seguían estando sometidos a la legislación francesa de Seguridad Social. En litigio estaban disposiciones de Derecho luxemburgués que en caso de actividades temporales en su territorio obligaban a pagar al empresario la parte que le correspondía del seguro nacional de vejez e invalidez, sin que por ello los trabajadores de que se trataba tuvieran derecho a ventaja social alguna. Ante esta situación, la cuestión era determinar si este régimen era compatible con el Derecho Comunitario, habida cuenta de que de este modo quedaban anuladas las ventajas económicas de las que podría gozar el empresario no sometiéndose al régimen relativo al salario mínimo vigente en el Estado en que se prestan los servicios, ocasionando a los prestadores de servicios extranjeros un perjuicio competitivo. Ambos casos, *Rush Portuguesa* y *Seco*, a pesar de sus diferencias significativas, mantienen una cierta semejanza, que puede identificarse en la cuestión relativa a saber *qué competencias se reservan los Estados miembros* para adoptar medidas relativas a la ejecución de un trabajo por cuenta ajena en un marco de libre prestación de servicios.

³¹ Vid. Sentencia *Webb* y en el mismo sentido la anterior Sentencia del TJCE, de 18 de enero de 1979, As. acumulados 110/78 y 111/78, *Van Wesemael*, *Rec.* 1979, pág. 35; y de 4 de diciembre de 1986, As. 205/84, Comisión/República Federal de Alemania, *Rec.* 1986, pág. 3.755 y ss. (esp. apartado 27).

³² As. acumulados 62/81 y 63/81, *Rec.* 1982, pág. 223.

A este respecto, la doctrina firme del TJCE es evitar en todo momento los efectos discriminatorios, incluso encubiertos o no manifiestos, y las distorsiones de la competencia inherentes al incremento, vía aplicación de la legislación del Estado de acogida o destino, de los costes sociales y/o laborales para los empresarios que ejercen su libertad de prestación de servicios. El enfoque que el Alto Tribunal adopta con respecto a este tipo de desplazamientos es netamente instrumental, no se configura como un fin en sí mismo, como por ejemplo sí sucede respecto a los supuestos más clásicos incluidos en el ámbito de la libertad de circulación de trabajadores, sino que es un útil de gestión empresarial para la realización de una libertad comunitaria del empresario: la libertad de prestación de servicios.

Por lo tanto, la opción de política jurídica que inspira esta jurisprudencia no es la tutela de un mínimo estatuto jurídico del trabajador desplazado, ni tan siquiera directa o primariamente el control del mercado de trabajo, sino lisa y llanamente la defensa de la libertad económica de prestación de servicios, como condición para que las empresas puedan ofrecer sus servicios en cualquier territorio de la Unión al margen de cualquier traba o barrera, directa o indirecta. Ante la centralidad de este objetivo jurídico-económico, tampoco los eventuales efectos distorsionadores de la competencia, por los diferentes costes de producción, constituyen el eje de las preocupaciones del TJCE, a diferencia de lo que sucederá con la Directiva.

Esta regla general, que como se ve para nada incide en la necesidad, ni tan siquiera en la preocupación, de extender la aplicación de la ley del país de destino al régimen jurídico regulador de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados en el marco de la Unión Europea, no obsta a la *aplicación, si no excepcional sí restrictiva*, de la *lex loci* temporal, en vez de la *lex locis laboris* o del lugar de trabajo habitual -v.gr. ley país de origen-. Ahora bien, esta aplicación requiere, según una jurisprudencia reiterada y consolidada con posterioridad³³, la ponderación de tres principios básicos, cuyo obligado respeto debe inducir a mantener particulares cautelas a la hora de aplicar las disposiciones del Estado de destino, so pena de restringir indebidamente la libertad comunitaria en favor de la protección del mercado nacional:

- El principio de necesidad -o necesidad- de la medida -v.gr. justificada por razones imperiosas o imperativas de interés general-,
- El principio de razonabilidad -v.gr. deber de verificar que tal interés no se garantiza ya por medidas de efecto equivalente por las normas del Estado de origen-,
- El principio de proporcionalidad -v.gr. obligación de adoptar la medida menos gravosa para conseguir un mismo o similar resultado-.

³³ Vid. Sentencias del TJCE, de 9 de agosto de 1994, As. acumulado núm. C 43/93, *Vander Elst*, Rec. pág. I-3.803 y ss.; de 29 de junio de 1995, As. C-454/93, *Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening- Joop van Gestel*, para una interesante cuestión de Seguridad Social; de 28 de marzo de 1996, As. C-272/94, *Guiot/Climatec*, Rec. págs. I-1.905 y ss; de 23 de noviembre de 1999, Pleno, As. acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade* (Cuestión prejudicial). <http://curia.eu.int/jurisp>.

El TJCE, pues, ha tenido diferentes oportunidades de plantearse la cuestión de si podrían considerarse determinadas exigencias de la ley del Estado de destino de los trabajadores como «restricciones» y si, por tanto, podría afectar a la libertad de prestación de servicios. Y a tal fin ha tenido la oportunidad de aplicar el denominado «*principio de equivalencia*» para verificar que, en el caso de una empresa de construcción luxemburguesa que prestaba servicios temporalmente en Bélgica, la empresa luxemburguesa ya pagaba cotizaciones sociales suplementarias en su Estado de establecimiento y, por tanto, iba en contra del principio comunitario de libre prestación de servicios exigir que las pagara de nuevo de conformidad con el Derecho belga.

Parece, en todo caso, que la jurisprudencia se inclina en estos supuestos por aplicar un principio de equivalencia «flexible»³⁴. Así parece que lo continúa haciendo el Tribunal en la referida Sentencia de 23 de noviembre de 1999, dado que considera que son equivalentes las exigencias entre la ley del Estado de establecimiento de la empresa que envía a los trabajadores y el Derecho del Estado en el que prestan temporalmente el servicio.

2.2. Ámbitos de aplicación y principales contenidos normativos de la Ley 45/1999, sobre desplazamientos temporales.

Pues bien, en este contexto socio-económico de incremento, si bien no generalización, de las prácticas empresariales de subcontratación transnacional de servicios, y de afirmación judicial de esta libertad en sentido expansivo, la Directiva 96/71/CE, ahora transpuesta por la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores, retoma y profundiza la preocupación ya evidenciada por el Gobierno francés sobre el efecto distorsionador de la competencia y, reflejamente, del mercado nacional de trabajo, que puede verse seriamente y gravemente afectado de generalizarse o proliferar tales prácticas empresariales de movilidad transnacional. Ahora bien, en cuanto norma comunitaria que es, tal finalidad protectora de los mercados nacionales se reviste, no obstante, bajo la forma de norma tuteladora de las condiciones necesarias para garantizar la corrección y lealtad en el ejercicio de la libertad de competencia. Por tanto, una vez más las razones socio-normativas -*v.gr.* protección de un estatuto mínimo de derechos de los trabajadores desplazados; certeza jurídica sobre las condiciones de trabajo aplicables- se ponen al servicio de la consecución de un objetivo económico: evitar las disfunciones y deslealtades en la competencia derivadas del recurso a la diferencia de regulaciones de las condiciones de trabajo todavía hoy existentes entre los Estados miembros.

La Directiva, así como la Ley de transposición, realiza una serie de remisiones a la «*ley que sería aplicable normalmente al contrato de trabajo*». Por tal motivo, es necesario conocer cuál es este ordenamiento, pues la Directiva exige realizar una comparación, dado que no pretende «perju-

³⁴ *Cfr.*, M. GARDEÑES SANTIAGO: *op. cit.*, pág. 90. El TJCE ha utilizado el principio de la equivalencia en el ámbito de la Seguridad Social, para evitar que las empresas comunitarias que prestan servicios en otros Estados comunitarios vean duplicados los conceptos por los que han de cotizar por sus trabajadores a los organismos de Seguridad Social [*vid.* Sentencia de 3 de febrero de 1982 (As. acumulados 62/81 y 63/81, Seco), en *Rec.*, 1982, pág. 223 y ss.; Sentencia de 28 de marzo de 1996, As. C-272/94, Proceso penal contra Michel Guiot].

dicar» a aquellos trabajadores que tengan unas condiciones más favorables (que se determinan de conformidad con la ley que se aplicaría al contrato de trabajo). Se realiza, por tanto, una remisión a lo dispuesto por la legislación reguladora del contrato individual de trabajo; esto es, al Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Además, se introduce una regla de competencia, que altera en cierto modo la determinación habitual de los foros previstos en los convenios internacionales existentes en la materia en el ámbito comunitario y en el ámbito de la EFTA (Convenio de Bruselas de 1968 y Convenio de Lugano de 1988).

En definitiva, en esta materia, pues, tiene lugar un complejo entramado de normas de diferente origen y naturaleza, unas propiamente de Derecho Comunitario, que aspira a regulaciones eminentemente materiales o sustanciales, aunque conoce notorios ejemplos de normas instrumentales y de coordinación de diferentes regímenes jurídicos, como es el caso del Derecho Comunitario de la Seguridad Social, y otras de Derecho Internacional Privado -del Trabajo-, e incluso Público, en relación a las normas de Seguridad Social ³⁵. En este momento, como ya se ha indicado en varias ocasiones, nos interesa particularmente la regulación recientemente aportada por la Ley 45/1999, cuyo alcance y comprensión, como es obvio, sólo puede realizarse desde el entendimiento de las principales claves explicativas y justificadoras de la Directiva 96/71, en relación a la cual existen significativos equívocos y «malentendidos».

Aunque no es propósito de este trabajo realizar un análisis en profundidad de esta regulación, resulta obligado realizar un mínimo estudio de las principales reglas y de sus conceptos básicos. Además, antes de determinar la competencia internacional así como el Derecho que se aplica a la relación laboral de un trabajador que es desplazado desde un Estado comunitario a otro Estado miembro de la Unión Europea, es preciso diferenciar las distintas modalidades de desplazamiento, a los efectos de precisar a cuáles de ellos se refiere la Directiva comunitaria. En cualquier caso, se deduce con claridad tanto del texto de la Directiva como de la ley española de transposición que se trata de una movilidad de trabajadores caracterizada por la necesidad de que la empresa que los contrata preste un servicio en el otro Estado comunitario; esto es, *la movilidad del trabajador trae causa del ejercicio de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento por la empresa establecida en un Estado comunitario*.

³⁵ Desde una perspectiva global, la circulación intracomunitaria de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios, se rige por una amplia diversidad de normas, comunitarias y de Derecho Internacional Privado, originando un rico entramado de *Derecho Social Supranacional*. En el primer ámbito normativo destacan los artículos 59 TCE (actual art. 49, tras su modificación por el Tratado de Amsterdam), en relación a la libertad de prestación de servicios, y artículo 39 TCE -versión del Tratado de Amsterdam-, en su interpretación extensiva por la jurisprudencia comunitaria de esta libertad básica de circulación de trabajadores, así como el artículo 42 TCE -versión consolidada del Tratado de Amsterdam-, sobre medidas de Seguridad Social incentivadoras de esta libertad, por lo que refiere al Derecho Fundacional o Constitucional, y la ya referida Directiva 96/71/CE, del Parlamento y Consejo, sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, en lo atinente al Derecho Derivado, fundamento directo e inmediato de la Ley 45/1999, dictada para su transposición a España, y los Reglamentos Comunitarios num. 1408/71 y núm. 574/72, modificados en innumerables ocasiones con posterioridad, en materia de Seguridad Social. En el segundo ámbito, destaca por encima de todo el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Por lo que refiere a la determinación del ámbito aplicable de la Directiva, y consecuentemente, de la Ley 45/1999, debe realizarse a través de una triple acotación, claramente presente en los artículos 1 y 2 de la ley, que transponen los artículos 1 a 3 de la Directiva. A saber:

A. Ámbito territorial de aplicación: una transposición espacialmente extensiva.

El texto de la ley pretende incorporar «correctamente» al Derecho español los objetivos y reglas fijados en la Directiva, por lo que una adecuada comprensión de los principales contenidos de esta norma resulta inexcusable para el buen entendimiento del significado y alcance de esta ley. A tal fin, el Capítulo I, de dimensión horizontal, delimita el objeto, ámbito de aplicación y definiciones de los conceptos normativos usados en esta ley como presupuestos de aplicación de sus reglas. En cualquier norma comunitaria el presupuesto básico de la aplicación de la regulación que introduce debería ser la inclusión del ámbito subjetivo definido por la norma dentro del territorio de la Unión Europea, esto es, la realización del desplazamiento temporal entre empresas situadas en algún Estado miembro. No obstante, a tenor del artículo 1, pár. 2.º, nuestra ley, con extraordinario buen criterio extensivo, y en línea con lo que ha sucedido respecto de otras normas comunitarias y nacionales -v.gr. regulación de los Comités de Empresa Europeos³⁶-, será de aplicación

«a las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional...».

Por su parte, la disposición adicional 4.^a, relativa a la aplicación a empresas de otros Estados, amplía aún más este ámbito territorial, al disponer que sus disposiciones

«serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2... en la medida en que tales empresas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los Convenios internacionales que sean de aplicación».

De la lectura sistemática de estos preceptos, reveladora de una visión expansiva confirmada por disposiciones específicas para las ETTs (art. 2, pár. 2.º y disp. adic. 1.^a), se deriva en realidad una vocación marcadamente transnacional o internacional de la regulación española, de modo que, en última instancia, la regulación se aplica a las empresas establecidas *en cualquier país del mundo que operen legalmente en España*. En cambio, a diferencia de las previsiones de la primera propuesta

³⁶ Cfr. Directiva 94/45/CEE, transpuesta por Ley 10/1997, de 24 de abril, modificada por Directiva 97/74/CE, para incluir a las empresas situadas en territorio británico, que al tiempo ha determinado la modificación de la Ley 10/1997, por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre, en virtud de la cual el pár. 1.º, del apartado del artículo 3 delimita la aplicación a «Estados miembros» -los Estados parte de la Unión Europea y el resto de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE-.

presentada por la Comisión y en aplicación de la conocida opinión del TJCE (Dictamen 1/94) receptiva de la competencia de las normas comunitarias para vincular a terceros países, la Directiva 96/71 advierte, en relación a los Estados extracomunitarios que su regulación

«no afecta a los convenios celebrados por la Comunidad con terceros países ni a las leyes de los Estados miembros relativas al acceso a su territorio de prestadores de servicios de países terceros».

Esta *regla de no afectación* o no interferencia de las normas comunitarias en las normas reguladoras de las relaciones de los Estados miembros con Estados extracomunitarios, que ciertamente plantea numerosos problemas de armonización y articulación, no es en modo alguno absoluta, como reconoce con rotundidad la propia Directiva. Así, su artículo 1, párr. 4.º, cuida de evitar que pueda producirse efecto discriminatorio alguno en perjuicio de los Estados miembros, por lo que prohíbe taxativamente que las empresas establecidas en un Estado extracomunitario puedan obtener «un trato más favorable» que las empresas establecidas en un Estado miembro.

Precisamente, esta finalidad protectora de las condiciones de competitividad de las empresas comunitarias frente al trato de favor que pudieran obtener las no comunitarias, inspira la ampliación del ámbito espacial de aplicación de nuestra ley realizada a través de la disposición adicional 4.ª, que concreta el mandato comunitario, de modo que las empresas de terceros Estados se ven vinculadas por las normas comunitarias, no directa sino indirectamente.

Además, para perfilar completamente el ámbito espacial de aplicación, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional 5.ª de la ley, que recoge igualmente la prevención de no injerencia o no afectación realizada en el considerando 20 de la Directiva respecto a las leyes nacionales de extranjería -v.gr. de condiciones de entrada, residencia y acceso al empleo de trabajadores extracomunitarios-. Con ello se trata de reconocer, como luego se precisará respecto de las ETTs, un principio de neutralidad, de tal manera que el desplazamiento por una empresa en el marco de una prestación de servicios no altera en nada la consideración legal como trabajadores extranjeros, naturalmente cuando se trate de trabajadores de terceros Estados y no de comunitarios, beneficiarios del derecho a la libre circulación de trabajadores. No obstante, a estos efectos, hay que tener muy presente la consolidada jurisprudencia del TJCE, que equipara el desplazamiento de estos trabajadores extracomunitarios, una vez regularizada su situación conforme a la legislación nacional aplicable, al resto de trabajadores de la empresa cedente ³⁷.

³⁷ En efecto, los artículos 59 y 60, actuales 49 y 50, se oponen, a juicio del TJCE, 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 cumplir la legislación de extranjería del Estado de acogida, siempre que tal exigencia no se justifique por la tutela de un interés general de este Estado, que deberá ser, no obstante, debidamente acreditado y entendido en sentido restrictivo. *Vid.* Sentencia del TJCE, de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, *cit.*

B. Delimitación del ámbito subjetivo de aplicación: el concepto de trabajador desplazado y tipos de desplazamiento.

Puesto que, como se dijo, no todas las formas de movilidad geográfica del personal quedan afectadas por la Directiva, la ley se ve obligada a precisar los ámbitos subjetivos de aplicación. A tal fin, define tanto el concepto de «trabajador desplazado», cuanto el tipo y modalidades de desplazamiento relevantes a sus efectos.

Por lo que respecta al primero, y dada la genérica remisión que la Directiva hace a la Ley nacional (art. 2, párr. 2.º), lo que no deja de ser una opción abstencionista de renuncia a la formulación de un concepto genuinamente comunitario, criticable por los problemas de descoordinación y de «fuga» de la aplicación de esta normativa que puede producirse³⁸, el artículo 2, párr. 1.º inciso 2.º de la ley precisa necesariamente del complemento del artículo 1, párr. 1.º y del artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores. Ésta es una observación que deriva de uno de los presupuestos requeridos en este precepto para delimitar su ámbito de aplicación: la previa existencia de una relación laboral entre las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la norma y el trabajador durante el período de desplazamiento, que necesariamente ha de ser «limitado» en el tiempo.

No obstante, y pese a esta estricta vinculación al trabajo por cuenta ajena y subordinado³⁹, parece claro que la interpretación que haya que hacer del concepto, ante eventuales situaciones conflictivas -dado que, como se sabe, ésta es una cuestión particularmente afectada por la movilidad de fronteras de las normas laborales y por la proliferación de «zonas grises», o casos difíciles-, es netamente extensiva, como garantía inexcusable de efectividad de una norma que pretende, según confiesa ella misma, mantener en todo momento y favorecer un ambiente o clima de competencia leal (v.g: considerando núm. 5). Máxime ante la difusión hoy alcanzada por los conocidos procesos de pseudos retornos al arrendamiento de servicios, o falsos autónomos. En todo caso, y en coherencia con la vocación expansiva de la ley, el apartado 2 del artículo 1 cuida de incluir dentro del concepto de trabajador desplazado al trabajador de una ETT «puesto a disposición de una empresa usuaria en el extranjero y desplazado temporalmente por ésta a España en el marco de una prestación de servicios transnacional», identificando el factor de internacionalidad no en la puesta a disposición sino en la utilización del trabajador.

³⁸ Una vez más se desaprovecha la ocasión para aportar nuevos datos normativos que ayuden a perfilar de una manera más precisa y segura el concepto comunitario de trabajador, en la línea sostenida en múltiples aspectos del Derecho Social Comunitario por el TJCE. Así, en relación a la libertad de circulación de trabajadores -art. 39 TCE en su versión actual tras el Tratado de Amsterdam-, ha venido insistiendo en la necesidad de operar con un concepto propio y específico, mucho más amplio o extensivo que el dominante en los ordenamientos nacionales. Esta delimitación se configuraría como una garantía de efectividad de la norma comunitaria, con objeto de evitar preventivamente los posibles comportamientos de los Estados miembros elusivos de sus compromisos con el fácil expediente de delimitar de forma diferente el concepto de trabajador -o como el concepto de empresa o de centro de trabajo en relación a la transmisión empresarial, por ejemplo. Vid. entre otras, Sentencias del TJCE, de 11 de julio de 1985, As. num.105/84; de 3 de junio de 1986, As. 139/85, *Kempf*. Por todos J.L. MONEREO PÉREZ: «La libertad...», *loc. cit.*

³⁹ Vid. Decisión núm. 162, de 31 de abril de 1996, sobre interpretación de los artículos 14, párr. 1.º y 14 *ter.*, párr. 1.º del Reglamento 1408/71/CE, relativo a la legislación aplicable a los trabajadores destacados (*DOCE* de 21 de septiembre de 1996, L 241/28 y ss.).

Un dato particularmente relevante de las claves aportadas para reconstruir el concepto de trabajador desplazado es la indiferencia de la nacionalidad del trabajador. Lo importante no es la nacionalidad del trabajador sino el establecimiento de la empresa con la que está vinculado, y responsable empresarial del desplazamiento, en un Estado miembro de la Unión Europea o del EEE.

Más significativa y problemática es la delimitación del concepto y tipos o modalidades de desplazamientos previstos. Tal acotación de los supuestos de movilidad retenidos requiere tener en cuenta diferentes preceptos, pues la Directiva, y por tanto la ley, utilizan tanto criterios genéricos o técnica de la definición, como específicos o técnica de listado, sea en positivo (esto es, determinando expresamente las modalidades incluidas), sea en negativo o criterios excluyentes (esto es, especificando supuestos que expresamente quedan excluidos por el legislador), si bien tienen más bien un carácter meramente declarativo, ya que no se dan las notas tipificadoras previstas con carácter general.

Así, respecto del *criterio tipificador genérico*, conviene dejar claramente afirmado que el concepto de «desplazamiento» a efectos de la Directiva es un concepto propio y autónomo, específico, que no coincide con el recogido en el artículo 40 de la LET, aunque en ambos casos estemos ante la expresión de un poder de modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empresario. Así, constituye un supuesto de movilidad geográfica transnacional que, a tenor del artículo 2, párr. 1.º de la Directiva y 2, párr. 1.º inciso 1.º y 2.º de la ley, se caracteriza por los siguientes rasgos:

- Obedece a un *interés contractual-organizativo del empresario*: la preexistencia de una relación laboral presupone el ejercicio del poder de dirección propio del empresario, que quedará sujeto, en aplicación del artículo 6 del Convenio de Roma, que determina como ley aplicable la del lugar de aplicación habitual de trabajo ⁴⁰, al menos en principio, a las normas reguladoras de la movilidad geográfica españolas, por tanto al artículo 40 y, sobre todo, a la regulación convencional. Por lo tanto, o bien rige el principio de causalidad, cuando derive de razones económico-organizativas o empresariales *ex* artículo 40 LET, o bien, fuera de estos supuestos, el principio de voluntariedad, firmemente asentado en la negociación colectiva.
- *Temporalidad* del desplazamiento: uno de los elementos más señeros y característicos de este tipo de movilidad geográfica intracomunitaria es, precisamente, su carácter limitado en el tiempo, de tal manera que la falta de vinculación definitiva del estatuto del trabajador al país de acogida está en la base de la técnica reguladora articulada por la Directiva, limitando la remisión material realizada a la ley del país de destino sólo a determinadas cuestiones, actuando plenamente para el resto la ley del país de origen. Ni la Directiva ni la ley española establecen un período de duración máxima de estos desplazamientos, alejándose por completo de la tradicional dimensión tutelar que la regulación de la movilidad

⁴⁰ A estos efectos, es oportuna una interpretación extensiva, de modo que, según conocida y vetusta jurisprudencia del TJCE, y según imperativos de interpretación teleológica de la Directiva, ha de entenderse indiferente para su aplicación que el trabajador haya sido contratado con el fin exclusivo de trabajar en otro Estado miembro.

geográfica ha asumido en los ordenamientos laborales, e introduciendo extremadas dosis de incertidumbre jurídica. Tan sólo para los desplazamientos inferiores al mes se establecen algunas previsiones específicas, autorizando a los Estados a establecer excepciones a la aplicación de las garantías introducidas con carácter general por la nueva regulación, al tiempo que también se prevé esta posibilidad para los denominados «trabajos de escasa importancia», lo que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que abre la puerta a las decisiones más dispares (*cf.* arts. 3, párr. 3.º y 3, párr. 5.º de la Directiva). Las razones económico-jurídicas que están en la base de estas excepciones -*v.gr.* evitar complejidad aplicativa para períodos reducidos que no pueden alterar las condiciones de una competencia leal- no justifican el elevado grado de incertidumbre que genera la nueva regulación. El artículo 3, párr. 3.º de la ley española ha hecho uso de la facultad concedida por el artículo 3, párr. 3 de la Directiva, al tiempo que el artículo 3, párr. 6.º establece una mínima regla de certeza, al introducir un período de referencia de un año a contar desde su comienzo, incluyendo, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido, con objeto de evitar prácticas fraudulentas.

- Carácter transnacional de la movilidad, de modo que, como es obvio, se excluyen las situaciones puramente internas.

En relación a los criterios de exclusión, el artículo 1, párr. 2.º de la ley -art. 1, párr. 2.º de la Directiva-, deja fuera de la aplicación de la normativa a las empresas de la marina mercante respecto de su personal de navegación, por obvias razones relativas al propio contenido de su prestación laboral. El artículo 1, párr. 3.º de la ley excluye igualmente «los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional».

Por su parte, el artículo 2, en aplicación de la misma técnica de listado seguida por la Directiva, enumera los distintos *supuestos de prestación de servicios transnacional* integrados bajo su ámbito de aplicación. A tal fin, se individualiza una serie de casos que permiten tipificar normativamente las principales prácticas de movilidad transnacional desarrolladas y crecientemente normalizadas en el tráfico jurídico-empresarial. A saber:

1. Subcontratación (o prácticas de *outsourcing internacional*) en sentido propio.

Sin duda es el más característico, y en él tendrían su origen las principales preocupaciones de los Gobiernos de los países con condiciones de trabajo y de protección social más elevadas frente a la libre prestación de servicios, tal y como quedó reflejado en el asunto *Rush Portuguesa*, que la propia E.M. de nuestra ley considera, aunque no con mucha precisión, factor determinante del surgimiento de la Directiva. De este modo, se entiende como desplazamiento temporal transnacional en el marco de una prestación de servicios aquel que, por un período limitado, realiza «un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España».

2. Desplazamientos en el seno de una *empresa con establecimientos múltiples o grupo de dimensión comunitaria*.

Si el primero es claro que representa un supuesto de movilidad geográfica temporal intraempresarial, coherente con la complejidad territorial o dimensión comunitaria de la empresa, el segundo, sin duda hoy el más característico y en significativo aumento, presenta muchos más problemas de delimitación, por cuanto la remisión que el artículo 2, pár. 1.º, letra b), párrafo segundo hace a la Ley 10/1997, de 24 de abril, en principio correcta, coherente y útil, no deja de plantear importantes interrogantes. Debe recordarse que esta ley acota el perímetro de grupo relevante a los efectos de los derechos de información y consulta transnacional de una forma extremadamente indeterminada, centrada en el concepto ambiguo o equívoco de «empresa que ejerce el control». Por tanto, pueden reproducirse, respecto de esta técnica definitoria y/o tipificadora, las mismas críticas que las versadas sobre el artículo 4 de dicha ley, y que han sido recogidas por el CES, al evidenciar la falta de una definición general de grupo válida a todos los efectos en el plano laboral, lo cual, por otro lado, puede conllevar distorsiones en la aplicación de esta normativa, a cuya solución de poco o de nada valen los intentos jurisprudenciales de delimitación de un concepto de grupo laboral.

Además, ha de tomarse en consideración que existen una multiplicidad de casos de posibles desplazamientos o formas de circulación de trabajadores en el marco de un grupo de empresas, pues depende de cómo se estructure el grupo (si se trata de un grupo fusionado de empresas, que tiene una única nacionalidad o si, por el contrario se trata de una agrupación de empresas que conservan su propia personalidad jurídica). Cabe pensar que el trabajador preste sus servicios para el grupo de empresas bajo formas o modalidades contractuales muy diferentes, incluido el clásico esquema binario de extinción de un contrato y posterior contratación por otra empresa del grupo, en cuyo caso se «velaría» el carácter de movilidad incluíble en el *ius variandi* del empresario. No obstante, debemos tener en cuenta el favor judicial por la reconstrucción unitaria de la relación en la mayoría de estos casos, en virtud de un principio de favor por la conservación del contrato o estabilidad de la relación, que tiene fundamento legal y convencional, como sucede el contrato se mantiene en «suspense»⁴¹.

3. *Contratos de puesta a disposición transnacional* mediante ETTs. Esta posibilidad ya fue recogida por la jurisprudencia del TJCE hace casi dos décadas, incorporando la actividad de cesión de mano de obra dentro del amplio abanico de prestaciones de servicios protegidas por la libertad económica comunitaria. No obstante, de cierto interés resulta, aunque hoy en la práctica de nula utilidad, la precaución de la Directiva respecto de este tema, por cuanto entiende que la regulación contenida

«no obliga a reconocer legalmente la existencia de agencias de trabajo temporal ni menoscaba la aplicación por los Estados miembros de sus leyes relativas al suministro de mano de obra y de empresas de trabajo temporal a empresas no establecidas en su territorio pero que operan en él dentro del marco de la prestación de servicios» (Considerando núm. 18).

⁴¹ Determinados convenios colectivos prevén un tipo de excedencia por este motivo.

Como acabamos de ver, el ámbito de aplicación de la Ley 45/1999 es, a tenor de lo que cabe deducir del juego combinado del artículo 1 y del artículo 2, muy amplio, contemplando una amplia gama de supuestos que tienen una matriz común: su carácter transnacional. La vocación expansiva de la ley queda patente en relación a las ETTs. Por lo tanto, es de aplicación a toda ETT que, establecida en un Estado firmante del AEE, o en virtud de un Convenio Internacional, bilateral o multilateral, ratificado por España -o por el Estado de establecimiento-, estén en condiciones legales de prestar sus servicios en territorio español, salvo disposición en contrario de la normativa convencional internacional. El *punto de conexión* fijado, pues, para sujetar estos supuestos de movilidad transnacional a nuestra legislación -tanto la prevista de forma específica en la Ley 45/1999 cuanto la laboral en general, y en especial la Ley 14/1994, en su actual redacción-, es *el establecimiento de una de las empresas integrantes* de la relación triangular, esto es, sea la ETT sea la Empresa Usuaria, *en España*.

Esta ley afecta de modo significativo a las ETTs, en cuanto modalidad singular de desplazamiento temporal transnacional de trabajadores, y ello desde una doble perspectiva. Por una parte, contiene la regulación de los desplazamientos de trabajadores en el ámbito de una prestación transnacional de servicios, de aplicación inmediata a las ETTs en las condiciones fijadas legalmente. Por otro, introduce una nueva reforma de la Ley 14/1994, incorporando un nuevo Capítulo VI -«*Actividad Transnacional de las Empresas de Trabajo Temporal*»-, que incluye los artículos 22 a 27 (disp. adic. 1.^a). A su vez, este nuevo Capítulo, se subdivide en 2 Secciones, que regulan sendos supuestos que el legislador diferencia con nitidez, siendo en ambos indiferente, como punto de conexión, la nacionalidad del trabajador desplazado (art. 2, 1, 2.º de la Ley):

- El desplazamiento de trabajadores -*v.gr.* normalmente extranjeros- a territorio español por ETTs de otros Estados miembros de la Unión Europea o del EEE, de una parte [*v.gr.*, Sección 1.^a: Actividad en España de ETTs de la UE y del EEE («importación» de trabajadores)]; y
- El desplazamiento de trabajadores -*v.gr.* normalmente españoles, pero no necesariamente- a aquellos países por ETTs españolas [*v.gr.* Sección 2.^a: Actividad en la UE o en el EEE de ETTs españolas («exportación» de trabajadores)].

C. Ámbito material de aplicación: la garantía de un estatuto mínimo de protección mediante la técnica de la remisión material.

Como declara la propia EM de la Ley, el Capítulo II fija el principio básico de la Ley, el que inspira toda la regulación y da sentido a la norma comunitaria, su razón de ser en el plano jurídico. Así, el artículo 1 de la Ley, en paralelo a la Directiva, fija su objeto en la fijación de las

«condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo».

Por su parte, los artículos 3 y 4 concretan este estatuto mínimo de normas imperativas de protección de los trabajadores desplazados, que el Estado de acogida está obligado a garantizar, independientemente de la legislación que resulte de aplicación en virtud del artículo 6 del Convenio de Roma que, a nuestro juicio, y a diferencia de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, en modo alguno se ve afectado en su ámbito de aplicación. A un análisis en profundidad de estas cuestiones dedicamos las siguientes páginas.

III. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE A LA RELACIÓN LABORAL

1. Especialidades del trabajo temporal transnacional en la determinación de la ley aplicable.

1.1. ¿Quiebra de la *lex loci laboris*?

El argumento que se utiliza para justificar la Directiva 96/71/CE es que previene las situaciones de alteración de la competencia en el seno de cada uno de los mercados de trabajo de los Estados comunitarios, dado que cuando las empresas desplazan temporalmente a sus trabajadores a realizar un servicio a otro Estado comunitario, el régimen de dichos contratos de trabajo se determina por la ley del Estado de origen. Si tal ley prevé condiciones laborales inferiores, estos trabajadores competirían de forma desleal con los que habitualmente realizan el trabajo en el Estado al que son desplazados de forma temporal ⁴².

Sin embargo, para llegar a apreciar si, en efecto, se produce una alteración de la competencia, es necesario comprobar que los citados contratos de trabajo se regulan por la ley del Estado de origen y, por tanto, hay que averiguar cuál es dicho Estado en los supuestos de prestación de servicios por empresas que desplazan a sus empleados a otros Estados comunitarios ⁴³. Debe aceptarse que

⁴² Cfr., M.-A. MOREAU: «Le détachement des travailleurs ...», *loc. cit.*, pág. 889 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER: «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE», *RL*, 1999, pág. 1.

⁴³ A diferencia de los supuestos de libre circulación de mercancías, no resulta fácil en ocasiones identificar el Estado de origen cuando se ejercita la libre prestación de servicios, como ha puesto de relieve el TJCE en su abundante jurisprudencia. Cfr. entre otras, Sentencia de 5 de octubre de 1994 (As. C-23/93) y Sentencia de 10 de septiembre de 1996 (As. C-222/94), relativa al Estado de origen en la actividad de radiodifusión televisiva. Para una exposición de los criterios que pueden utilizarse en orden a determinar la ley del Estado de origen en el ámbito de la libre prestación de servicios, *vid.*, E. NAVARRO VARONA: *Las reglas de origen para las mercancías y servicios en la CE., EEUU y el GATT*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 213 y ss.

en estos casos el Estado de origen es aquél desde el que el trabajador es desplazado, máxime si tal desplazamiento, para que pueda considerarse incluido en el ámbito material de la Directiva 96/71/CE, ha de suponer la continuidad de la relación laboral del trabajador con la empresa ⁴⁴.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en dos ocasiones, la ley rectora del contrato de trabajo coincide con la ley del lugar de establecimiento de la empresa. En primer extremo, si existe un lugar habitual de trabajo, el contrato se regirá por la ley de dicho Estado. Cabe pensar que, en los supuestos de desplazamiento, el trabajador es desplazado desde el lugar en el que habitualmente realizaba su labor, que puede coincidir con el del establecimiento de la empresa. En segundo término, si el trabajador no tiene lugar habitual de trabajo, según el pár. 2.º del artículo 6 de dicho Convenio, la relación laboral se regula por la ley del lugar en donde se encuentre situada la empresa ⁴⁵.

Por este motivo, la doctrina ha señalado que la Directiva 96/71/CE prevé la «aplicación» de la *lex loci temporalis* a la relación laboral de los trabajadores desplazados (esto es, ha excepcionado la regla del reconocimiento mutuo), y que, por tanto, la citada norma ha contribuido a reconocer la importancia de tal ley en estos casos, constituyendo una norma de conflicto especial con respecto a la norma general contenida en el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980 ⁴⁶. Ello supondría, traducido a los términos de las libertades comunitarias, la aplicación de la ley del Estado de destino y, por tanto, la quiebra de la regla del reconocimiento mutuo.

⁴⁴ Sin embargo, pueden presentarse problemas de determinación de la ley del Estado de origen cuando la empresa principal tiene una sucursal, filial, etc., en otro Estado comunitario, desde la que lleva a cabo su principal actividad, dado que, en ocasiones, podrá considerarse que este lugar es el que ha de tomarse en consideración para determinar la ley del Estado de origen con la finalidad de evitar fraudes. Para una propuesta de concepto material de «sede real» de la empresa en el ámbito comunitario, que evite el fraude en el ejercicio del derecho de establecimiento, a propósito del pronunciamiento del TJCE en Sentencia de 9 de marzo de 1999 (As. C-121/97, «Centros»), *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: «El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario: *Anuario de Derecho internacional privado*, 2000, vol. 1, en prensa.

⁴⁵ Por último, cabe plantearse el supuesto en que el trabajador realice habitualmente su trabajo en el territorio de un Estado que no es el del lugar en donde se encuentra establecida la empresa. En estos casos, el contrato de trabajo se regula por una ley distinta de la del Estado de origen. Tal situación plantea la cuestión de si debe entenderse que la referencia a la ley del Estado de origen comprende no sólo sus normas materiales, sino también las reclamadas por las normas de conflicto del sistema de Derecho Internacional Privado de dicho Estado, que aplicarían sus autoridades. Debe tenerse en cuenta que la referencia a la ley del Estado de origen se refiere, fundamentalmente, a reglamentaciones o normas de carácter administrativo, lo que significa que puede suponer sacarla de su contexto pretender aplicarla cuando se trata del Derecho rector de la relación laboral internacional.

⁴⁶ *Cfr.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Desplazamientos temporales...», *loc. cit.*, pág. 399 y ss.; M.ª E. CASAS BAAMONDE: «Desplazamientos temporales...», *loc. cit.*, pág. 7 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER: «El desplazamiento...», *loc. cit.*, pág. 7; y B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: «Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio», *AL*, núm. 2, 10 al 16 de enero del 2000, margs. 16 y 28. Esta postura, sin embargo, resulta paradójica, pues tras haber señalado que se aplica la ley del lugar temporal, dicho sistema jurídico regula determinadas cuestiones de la relación laboral a modo de normas imperativas. Si tal Derecho «se aplica» al contrato, no puede considerarse que sea sólo como un conjunto de normas imperativas.

Sin embargo, cabe poner en tela de juicio la «aplicación» de la *lex loci temporalis*, pues puede dudarse de su compatibilidad con el Derecho comunitario, de un lado, y de otro, puede suponer una quiebra injustificada de la regulación del contrato individual de trabajo por la ley del lugar habitual.

Aceptar la aplicación de la *lex loci temporalis* al trabajo temporal desempeñado en un Estado comunitario distinto del Estado en el que habitualmente se realiza el trabajo podría significar construir una restricción a la libertad comunitaria de prestación de servicios, pues supondría que el Estado en el que el trabajador va a desempeñar temporalmente el trabajo puede controlar o poner un límite a la libre circulación, al no aceptar las condiciones en que esa relación laboral ha sido constituida en el Estado de origen. Dicho de otro modo, la «aplicación» de la ley temporal evoca el concepto de límite o de restricción a la libre prestación de servicios⁴⁷. Para que tal restricción no fuera contraria al Derecho comunitario habría de ser necesaria, proporcional y estar justificada.

El único motivo que podría justificar una quiebra a la aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y, por tanto, a la aceptación de la ley del lugar de origen (entendida como *lex loci laboris*) sería la posible repercusión en la competencia que podría suponer desatender las reglas del lugar en donde se presta temporalmente el servicio, esto es, que de no aplicar la ley del Estado de destino, se estaría falseando la competencia en el mercado de cada uno de los Estados comunitarios⁴⁸.

Además, la restricción ha de ser necesaria y proporcional a su finalidad. Si se considera que la Directiva indica la aplicación de la ley del Estado de destino, se estaría perjudicando a las empresas que están instaladas en Estados como España o Portugal, ya que verían que se restringe su libertad de prestación de servicios, pues se les imponen condiciones más graves o excesivas (aunque no sean discriminatorias) para que puedan prestar el servicio en otros Estados comunitarios, cuyo sistema social es más elevado. Como se ha señalado *supra*, el TJCE ha utilizado el «principio de equivalencia» para evitar la aplicación de la ley del lugar de destino en determinados supuestos. A lo sumo, el citado Tribunal ha reconocido la posibilidad de que los Estados comunitarios puedan extender la aplicación del contenido relativo al salario mínimo recogido en los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales de dicho país⁴⁹.

⁴⁷ En la doctrina, P. JUÁREZ PÉREZ también se plantea la posibilidad de que se considere incompatible con el Derecho comunitario la «aplicación» de la ley del Estado de destino (*cf.*, «El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado», *RL*, núm. 7, 1999, pág. 81).

⁴⁸ La aplicación de la ley del Estado de destino (*lex loci temporalis*) podría justificarse porque se trata de una Directiva que pretende asegurar la libre competencia y, por tanto, en este ámbito, como se ha señalado *supra*, se impone la regla del *target market*.

⁴⁹ La Sentencia de 23 de noviembre de 1999 (As. acumulados C-369/96 y C-376/96) ha considerado (en relación con el contenido de los convenios colectivos -salario mínimo-), como lo había hecho anteriormente en el caso *Seco* o en el asunto *Rush Portuguesa* que «el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales relativos a los salarios mínimos a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena en su territorio».

Si se toma en consideración que la aplicación del criterio de conexión *loci laboris* se justifica por la mayor implicación de los intereses de dicho Estado, ya que pretende controlar su «mercado de trabajo», un desplazamiento «verdaderamente» temporal, no debe implicar un cambio de tal interés estatal, al no suponer, por definición, la entrada o ingreso de estos trabajadores en el mercado de trabajo al que son desplazados ⁵⁰.

Además, la ley del lugar de realización habitual del trabajo también puede ser trascendente para determinar el régimen jurídico de la relación laboral por los siguientes motivos: en primer lugar, cabría pensar que la nota de la temporalidad no determina una vinculación tan importante, que haga significativo el criterio del lugar temporal. A través de las normas imperativas de este lugar ya se asegura en los casos de desplazamiento el respeto de los mínimos inderogables, sin tener que eliminar radicalmente el juego de la autonomía de la voluntad como criterio que determina la ley aplicable al contrato de trabajo, ni dejar de aplicar la *lex loci laboris* o ley del lugar habitual de trabajo. En segundo extremo, la aplicación de la ley temporal quiebra la deseada continuidad jurídica que ha de procurarse en el ámbito del contrato de trabajo ⁵¹.

La Directiva 96/71/CE no pretende que se «aplique» la ley del Estado en el que el trabajador realiza temporalmente su trabajo, sino que se «garanticen» determinadas condiciones a los trabajadores desplazados. La expresión «garantizar» está más cerca de significar una «remisión material» que una auténtica «remisión conflictual» al ordenamiento del lugar en donde temporalmente se realiza la actividad ⁵². Tal remisión material consiste en tomar de dicho ordenamiento la regulación de determinadas cuestiones, para, a través de la comparación con las soluciones que otorga el ordenamiento que rige el contrato de trabajo, otorgar la respuesta jurídica final más favorable para el trabajador ⁵³. De este modo, tal remisión material no impide que el contrato siga gobernado por la ley que determinada de conformidad con el artículo 6 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*vid. infra*). Desde esta perspectiva, la

⁵⁰ Para un análisis de las razones que tradicionalmente se han utilizado para justificar la aplicación de la *lex loci laboris* *vid.*, M. MOYA ESCUDERO: *El contrato internacional de trabajo*, Tesis inédita, Universidad de Granada, pág. 325 y ss.; M.ª E. ZABALO ESCUDERO: *El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1983, pág. 125 y ss.; F. MORGENSTERN: *Conflictos internacionales de Derecho laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pág. 459 y ss.

⁵¹ Este inconveniente no es considerado suficientemente importante por la doctrina para evitar que deba aplicarse la *lex temporalis*. Por el contrario, debe quedar debidamente compensado, porque se aseguran otros objetivos de mayor alcance de conformidad con dicha ley. *Cfr.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Desplazamientos temporales...», *loc. cit.*, pág. 382 y ss.

⁵² Nótese que la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, habla de «garantizar» las condiciones de trabajo previstas por la legislación española (art. 3, p.º 1.º). Por tanto, no se produce una quiebra a la aplicación de la ley del Estado de origen.

⁵³ La doctrina ha considerado que el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980 también da entrada a la «remisión material». *Vid.* R.M. MOURA RAMOS: «Cap. XV. El contrato individual de trabajo» en, AL CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1.896. Para P. LAGARDE, en el ámbito del contrato de trabajo no cabe hablar técnicamente de «ley aplicable» a tal relación laboral, sino simplemente de soluciones materiales deducidas caso por caso de la comparación de las dos leyes (*cfr.*, «Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée», *Mélanges G. Lyon-Caen*, Paris, 1989, pág. 95).

Directiva 96/71 no ha dado lugar a la creación de una norma de conflicto especial para los contratos de trabajo realizados entre una empresa y un trabajador, cuando éste es desplazado al territorio de otro Estado comunitario.

Por tanto, si se concibe la referencia a la *lex loci temporalis* como una remisión material, no deja de aplicarse al contrato de trabajo el sistema jurídico con el que sigue estando más vinculado, en caso de que el trabajador tenga un lugar habitual de trabajo (la *lex loci laboris*), al tiempo que se asegura el respeto de las condiciones laborales del Estado al que es desplazado, con la consiguiente repercusión que esta situación tiene en orden a no falsear la competencia. No obstante, la previsión contenida en la Directiva y en la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores obliga a tener que armonizar normas de dos sistemas jurídicos: el reclamado por el artículo 6 del Convenio de Roma y las disposiciones de la normativa española que han de garantizar los empresarios establecidos en Estados comunitarios que desplacen a sus trabajadores a España ⁵⁴.

La «remisión material» que se propone como interpretación de la aportación de la Directiva, así como de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, no supone negar que la Directiva ha erigido a la categoría de normas imperativas determinadas disposiciones de la ley del Estado temporal (señaladamente, las que regulan el salario mínimo), que se justifican debido al mantenimiento de los criterios de competencia judicial internacional generales (*vid. infra*) ⁵⁵.

En último extremo, si lo que interesa es el juego de los convenios colectivos, no es preciso reducir su ámbito espacial, a los vigentes en el sistema jurídico del Estado de realización temporal del trabajo, porque su aplicación no depende de tal ley (*vid. infra*).

1.2. Convenios colectivos y laudos arbitrales vigentes en el lugar de trabajo temporal.

La referencia que realiza la Directiva (art. 8), así como la Ley 45/1999 (art. 3, párs. 4.º y 5.º) a las condiciones laborales establecidas en los convenios colectivos vigentes en el territorio y en el sector correspondiente al lugar al que es desplazado temporalmente el trabajador y a las condiciones más favorables que deriven de convenios colectivos, coloca en una posición privilegiada el estudio del régimen jurídico de los convenios colectivos en el Derecho Internacional Privado para analizar los méritos de ambas regulaciones.

⁵⁴ No se produce un fraccionamiento de la ley rectora del contrato de trabajo, sino una situación de cúmulo de leyes. *Vid.* en sentido contrario, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Desplazamientos temporales...», *loc. cit.*, pág. 402 y ss. La Directiva, así como la ley española de transposición han previsto la posibilidad de aplicar disposiciones más favorables (art. 3, p.º 7.º de la Directiva y art. 3, p.º 5.º de la Ley 45/1999). Ello significa que ha de llevarse a efecto una ponderación entre las disposiciones materiales de la ley del lugar al que ha sido desplazado el trabajador y la ley que se aplica a su contrato de trabajo determinada de conformidad con el artículo 6 del Convenio de Roma. Sobre el modo de realizar la comparación en el concreto supuesto de contratos de trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios *cf.*, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: «Tráfico intracomunitario...», *loc. cit.*, margs. 29 y ss.).

⁵⁵ Si la reclamación o acción judicial no se presentara ante los tribunales del lugar en donde se realiza o realizó el trabajo, la aplicación de tales disposiciones (de no existir la Directiva), al no pertenecer a la *lex fori*, dependería del artículo 7, p.º 1.º del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, con el margen de facultatividad que conlleva esta disposición.

En la actualidad, las relaciones de trabajo se regulan a través de los convenios colectivos: jornada laboral, vacaciones, salario, etc. Los convenios colectivos, por tanto, ocupan una posición absolutamente central en la configuración del contrato de trabajo y también del contrato de trabajo internacional. Tales convenios colectivos suscitan una serie de cuestiones de distinto signo en el ámbito laboral internacional: en primer lugar, qué ordenamiento jurídico regula los convenios colectivos, en segundo extremo, si el convenio colectivo es una disposición perteneciente a la ley que regula el contrato de trabajo, y en tercer lugar, cuándo se aplica un convenio colectivo a una relación laboral internacional⁵⁶. Trataremos de abordar brevemente estas cuestiones, con la finalidad de explicar cómo inciden sobre la relación laboral del trabajador desplazado internacionalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional en el ámbito comunitario.

En cuanto a la primera de ellas, se ha señalado que todo convenio colectivo tiene un sistema jurídico en torno al que se ha pactado. Se trata de acuerdos entre las partes que nacen en el seno de un concreto ordenamiento jurídico. Así, puede decirse que los convenios colectivos tienen una nacionalidad⁵⁷.

En segundo lugar, la principal cuestión que presentan los convenios colectivos de trabajo es si forman parte, junto con la ley, los reglamentos, etc., de la legislación reclamada por la norma de conflicto. No parece que el legislador del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, haya considerado que el contenido normativo de los convenios colectivos quede comprendido en el ámbito de aplicación de la ley rectora del contrato de trabajo. Tal voluntad se deduce de su informe explicativo, en el que se señala que:

«el artículo 6 del Convenio de Roma se aplica a los contratos individuales de trabajo y no a los convenios colectivos. Por consiguiente, el hecho de que un contrato de trabajo se rija por un derecho extranjero no podrá afectar a los poderes conferidos a una organización sindical de trabajadores por los convenios colectivos vigentes en su país»⁵⁸.

⁵⁶ Para una exposición de los problemas que plantean los convenios colectivos en el ámbito internacional (esto es, en Derecho Internacional Privado del trabajo) *vid.*, O. DEINERT: «Arbeitnehmerentsendung...», *loc. cit.*, pág. 344 y ss.

⁵⁷ Esta apreciación se ha realizado, sobre todo, por parte de la doctrina alemana que, como se sabe, apareja una distinta función, finalidad y formación a los convenios colectivos (*vid.* R. BIRK: «Arbeitsrecht und internationales Privatrecht», *Recht der Arbeit*, 1999, núm. 1-2, pág. 13 y ss.). Sin embargo, ello no significa que se descalifique por este exclusivo motivo y que, por tanto, no pueda proyectarse al entendimiento del papel que juegan los convenios colectivos en el Derecho Internacional Privado del Trabajo, y de forma más específica, a sus relaciones con el contrato de trabajo internacional. *Vid.* A. JUNKER: «Zwingendes ausländisches Recht und deutscher Tarifvertrag», *IPRax.*, 1994, pág. 21 y ss.; N. WIMMER: «Neuere Entwicklungen im internationalen Arbeitsrecht-Überlegungen zur Politik des Arbeitskollisionsrechts», *IPRax.*, 1995, pág. 211 y ss.

⁵⁸ *Cfr.*, M. GIULIANO/P. LAGARDE: *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE, núm. C/327, de 11 de diciembre de 1992, pág. 23.

Tal informe no considera comprendido el convenio colectivo en la categoría de contratos a los que se refiere su ámbito material. Parece deducirse que se trata de acuerdos cuya vigencia depende de su propio ámbito (sector o actividad a la que se refieran, lugar o territorio en el que sean de aplicación, etc.) y, por tanto, su aplicación a un contrato de trabajo determinado no depende de la ley que se aplique a dicha relación ⁵⁹.

Esta consideración tiene trascendencia en lo que al trabajo temporal transnacional se refiere, pues modula la importancia de aplicar la *lex loci temporalis* a la relación laboral de un trabajador desplazado en el ámbito comunitario. Si se tiene en cuenta, de un lado, que la regulación del salario es la principal finalidad de la Directiva y, de otro, se considera que el salario es uno de los aspectos regidos por la *lex contractus*, pero que suele estipularse a través de la negociación colectiva, es necesario preguntarse cuándo se aplican los citados convenios colectivos a los contratos de trabajo internacionales ⁶⁰.

Por tanto, hay que averiguar, en tercer lugar, cuál es el título en virtud del cual determinado convenio colectivo se aplica a un contrato de trabajo internacional ⁶¹. Parte de la doctrina comparada ha señalado que un convenio colectivo alemán sólo se aplica a un contrato de trabajo regulado por el Derecho alemán ⁶². Sin embargo, otro sector doctrinal niega tal correlación entre la ley que regula el convenio colectivo y la que rige el contrato, dado que, en ocasiones, los convenios colectivos, al delimitar su ámbito de aplicación espacial, indican que se proyectan a determinada situación privada internacional, sin que tenga que regularse el contrato de trabajo por la misma ley que rige el convenio colectivo ⁶³.

⁵⁹ Sostienen una posición contraria, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, pues consideran que «los convenios colectivos son un elemento normativo integrante del Derecho aplicable al contrato de trabajo internacional (vid. «Contrato internacional de trabajo...», *loc. cit.*, pág. 1.355).

⁶⁰ Ello conducirá a comprobar la poca importancia que en la práctica tiene la Directiva (vid. *infra*).

⁶¹ Cuando se trata de un contrato de trabajo interno esta pregunta no tiene interés, porque, evidentemente, a tal contrato se le aplican los convenios colectivos vigentes en determinado sector de actividad, categoría profesional, etc., vigentes en dicho país.

⁶² *Cfr.*, A. JUNKER: «Zwingendes...», *loc. cit.*, pág. 24. En reiteradas ocasiones el TS ha negado que los convenios colectivos «españoles» puedan ser aplicados a situaciones privadas internacionales, basándose en el concepto de soberanía. En la Sentencia de 7 de julio de 1997 (Sala Cuarta), el TS señala que: «el ámbito territorial y personal de los convenios colectivos no puede ir más allá del de las propias leyes estatales, en razón del principio de soberanía nacional...» (RAJ, 1997, núm. 5565); Sentencia del TS (Social), de 16 de febrero de 1994; Sentencia del TS (Sala 4.ª), de 17 de junio de 1994 y Sentencia (Sala 4.ª) del TS, de 17 de marzo de 1995.

⁶³ *Cfr.*, F. MORGENSTERN: *op. cit.*, pág. 146 y ss.; N. WIMMER: «Neuere Entwicklungen...», *loc. cit.*, pág. 211 y ss. En la doctrina española, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ha considerado que el carácter paccionado del convenio colectivo puede ser indicativo de que se aplica incluso cuando la relación laboral no se regula por la misma ley que auspicia el citado convenio [*cfr.*, «Nota a la Sentencia del T.S. (Sala 4.ª), de 10 de diciembre de 1990», *REDI*, vol. XLIII, 1991, pág. 550]. En el Derecho comparado, el BAG, en decisión de 11 de septiembre de 1991, resuelve la cuestión de la aplicación del convenio colectivo suscrito por el Instituto de lengua alemana «Goethe» a un profesor de alemán que impartía clases de dicho idioma en México. *Cfr.* el texto de la citada decisión en, *IPRax.*, 1994, pág. 44 y ss.

Estas opiniones, en todo caso, ponen de relieve que *el convenio colectivo no forma parte de los contenidos normativos reclamados por la norma de conflicto aplicable al contrato de trabajo*. Cuando los convenios señalan su ámbito espacial, habrá que averiguar su sentido y su finalidad si tienen también vocación de ser aplicables a un contrato de trabajo internacional (después de ello, habrá que observar su ámbito de aplicación temporal, espacial y material) ⁶⁴. Sin embargo, también habrá convenios colectivos que indiquen que se aplican a las personas que realizan su trabajo en el territorio de determinado Estado o a la inversa, esto es, que excluyan de su ámbito a quienes realizan su trabajo fuera del territorio nacional ⁶⁵. En estos casos, evidentemente, el propio convenio colectivo estará delimitando su ámbito de aplicación espacial.

Pero la cuestión más interesante es si y a qué título cabe aplicar el convenio colectivo vigente en el lugar de realización de la actividad cuando no delimita expresamente su ámbito de aplicación espacial a determinados supuestos, si, además, la ley rectora del contrato de trabajo no coincide con la del convenio colectivo. De conformidad con la Ley 45/1999 tales convenios colectivos están comprendidos en el conjunto de disposiciones que se proyectan al contrato internacional de trabajo por la vía de la «remisión material» (completando las menciones que gobierna la ley rectora del contrato de trabajo), determinada por el artículo 6 del Convenio de Roma ⁶⁶.

Si se hubiera considerado que los convenios colectivos pertenecen al ámbito de cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus*, no tendría que haberse previsto expresamente que pueden derivarse condiciones más ventajosas de la legislación aplicable a su contrato de trabajo o de los convenios colectivos. Puede apreciarse *el reconocimiento por parte del legislador de la «autonomía» de la vigencia espacial de un convenio colectivo con respecto a la ley que gobierna el contrato individual de trabajo* ⁶⁷.

Por tanto, *para que se aplique el convenio colectivo del lugar temporal a un contrato de trabajo de un trabajador desplazado, no hay que recurrir a las normas imperativas de la ley del lugar temporal de trabajo, ni es necesario que se aplique al contrato la misma ley que regula el convenio*

⁶⁴ Los convenios colectivos determinan su ámbito de aplicación en función de criterios personales, temporales, y materiales. No suele ser frecuente que indiquen expresamente su ámbito espacial. No obstante, en ocasiones, la lectura detenida de su articulado conduce a observar que también delimitan su aplicación en el espacio. Véase, por ejemplo, el artículo 3 (titulado «ámbito personal») del XVI Convenio Colectivo de la Empresa *British Airways* España, que indica que «el presente convenio afectará a todo el personal contratado en España, con excepción de aquellos que desempeñan cargos de dirección, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de los aspectos que correspondan, en caso de estar comprendidos dentro del ámbito del Estatuto de los Trabajadores».

⁶⁵ Éste es el caso del Convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Asuntos Exteriores, al señalar que: «el Convenio colectivo regirá en todos los centros de trabajo del Ministerio de Asuntos Exteriores y sus organismos autónomos dentro del territorio nacional» (art. 2). La Sentencia del TS (Sala 4ª), de 17 de junio de 1994, considera que tal convenio colectivo no es aplicable a los trabajadores españoles, porque si bien la relación laboral se regula por la legislación española de conformidad con el artículo 1, pár. 4.º del ET, el citado convenio colectivo indica expresamente su inaplicación a estos supuestos.

⁶⁶ *Vid.* artículo 3, pár. 4.º de la Ley 45/1999.

⁶⁷ Además, también cabe introducir mejoras laborales para el trabajador por la vía de lo pactado en su contrato de trabajo.

colectivo ⁶⁸. Según la Ley 45/1999, tales convenios colectivos forman parte de la remisión material a la ley española, sin perjuicio de que puedan ser de aplicación otros convenios colectivos (que no están necesariamente vinculados a la ley que se aplica al contrato de trabajo). Ello significa que, de un lado, el contrato de trabajo sigue teniendo una única ley reguladora (determinada por el Convenio de Roma de 1980) y, de otro, que la ley rectora de dicha relación laboral no está necesariamente vinculada al convenio colectivo, de tal forma que, el contrato puede regirse por una ley y serle de aplicación un convenio colectivo que está gobernado por otra ⁶⁹.

Los convenios colectivos vigentes en el lugar en el que se desempeña el trabajo de forma temporal no pertenecen al ámbito de cuestiones que regula la *lex loci laboris temporalis*, sino que se aplican a título de «remisión material», en la medida en que así lo ha dispuesto el legislador español en el artículo 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, por virtud de la Directiva 96/71/CE.

2. Ley aplicable al contrato de trabajo temporal transnacional.

2.1. Significación de la autonomía de la voluntad conflictual.

Tradicionalmente, la autonomía conflictual no ha jugado un papel significativo en el ámbito del contrato de trabajo. Por el contrario, su actuación, a diferencia de los contratos mercantiles o civiles, ha quedado siempre muy restringida con la finalidad de proteger o favorecer al trabajador, al encontrarse en una posición de desventaja con respecto al empresario.

Este razonamiento que se utiliza en el ámbito interno para justificar la limitación de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo (vinculado con el intervencionismo estatal que ha caracterizado y sigue caracterizando este sector) es el mismo que se emplea en Derecho Internacional Privado para limitar la extensión de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión ⁷⁰. En el artículo 6 del Convenio de Roma se encuentra una postura dual acerca de esta cuestión, pues, de un lado, acepta el juego de la autonomía de la voluntad, pero, de otro, la limita a través de la

⁶⁸ En la doctrina se ha explicado la aplicación de los convenios colectivos vigentes en el lugar en el que se presta el trabajo a título de normas imperativas (*cf.*, A. CRESPO HERNÁNDEZ: «Nota a la Sentencia del TS (Sala Cuarta) de 7 de julio de 1997», *REDI*, 1998-1, pág. 342).

⁶⁹ Evidentemente, puede darse una situación de concurso o de cúmulo de convenios colectivos, que exigirá compatibilizar las condiciones recogidas en los convenios colectivos (referidas, normalmente, al salario, a las horas de trabajo, a las vacaciones, etc.) con la ley rectora del contrato de trabajo que regulará el otras condiciones laborales (*v.gr.*, el nacimiento de la relación laboral, el despido, etc.).

⁷⁰ *Cfr.*, F. GAMILLSCHEG: «Les principes du droit de travail international», *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1961, pág. 269 y ss.; U. VILLANI: «I contratti di lavoro», a cura di T. TREVES: *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983, pág. 278 y ss.; Ph. COURSIER: *op. cit.*, pág. 37 y ss.

incidencia de disposiciones imperativas del lugar en el que el trabajador desarrolla habitualmente el trabajo y, en su defecto, del Estado en donde se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador ⁷¹.

Se ha señalado que la posibilidad de elección de ley no es real en la mayor parte de las ocasiones en que se realiza un contrato de trabajo, porque sólo será operativa cuando se trata de altos directivos a los que los empresarios están interesados en concederles ciertos márgenes de actuación y, por tanto, suele ser frecuente que pacten sus condiciones laborales, a través de la designación del ordenamiento que estimen que va a dar respuesta a su relación de forma más adecuada ⁷². Sin embargo, *cabe que la autonomía de la voluntad juegue un significativo papel en el caso de los trabajadores que se desplazan en el espacio omunitario o en la zona de libre comercio*. Nótese que la Directiva no está pensando en los trabajadores «migrantes» que van en busca de un trabajo y se quedan en donde lo encuentran, sino en personas de confianza del empresario o en grupos de trabajadores de plantilla ⁷³.

Por tanto, cabría aceptar que puedan elegir la ley que se aplica a su contrato. Además, la elección de ley no perjudica la bondad de que deba remitirse (en el sentido de remisión material) a la ley del lugar en donde se realiza el trabajo, sin perjuicio de que el resto del contrato quede gobernado por la ley de otro Estado (comunitario o no). Por tanto, sería factible el juego de la autonomía de la voluntad en el tipo de contratos que dan lugar al desplazamiento de trabajadores.

Cabe pensar que en un espacio unificado de trabajo, la autonomía de la voluntad cumpla un papel de autocomposición de los intereses para evitar conflictos. Tal elección deberá tener límites para que el trabajador no se vea perjudicado por la aplicación de las condiciones de trabajo con las que no está conforme. Pero, dichos límites no habría que ponerlos en un momento posterior, a través de la comparación de normas, sino *a priori*, limitando el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, de tal manera que se asegure al trabajador que no se le perjudica.

La utilización de la autonomía de la voluntad para determinar la ley que se aplica al contrato del trabajador desplazado presenta las siguientes ventajas: en primer lugar, no cambiarían las condiciones laborales del trabajador (principio de estabilidad); en segundo término, no se vería obliga-

⁷¹ Para un estudio de esta disposición *cf. inter al.*, M. VIRGÓS SORIANO: «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales» en, *Tratado de Derecho comunitario Europeo*, tomo III, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOS MACHADO (Dir.), Madrid, Civitas, 1986, pág. 801 y ss.; A. BONOMI: «Il nuovo Diritto internazionale privato dei contratti», *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, vol. LV, pág. 88 y ss.; R.M. MOURA RAMOS: «Cap. XV. El contrato individual de trabajo» en, *op. cit.*, pág. 1.883 y ss. Sobre la concepción neoliberal o proteccionista que subyace en el artículo 6 del Convenio de Roma, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «Contrato internacional de trabajo...», *loc. cit.*, pág. 1.369 y ss.

⁷² *Cfr.*, M. VIRGÓS SORIANO: «Comentario al artículo 10, pár. 6º del C.c.» en, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. 2º (arts. 8-16), 1995, Madrid, EDERSA, pág. 696 y ss.

⁷³ Véanse las observaciones realizadas con ocasión de la celebración de las jornadas sobre «la movilidad de trabajadores», que tuvieron lugar en la CEDECE (*Commission pour l'Étude des Communautés Européennes*), celebrado en Aix-en-Provence, el 8 de junio de 1990 en, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1991, núm. 344.

do a competir en condiciones de desigualdad; y, por último, se contribuiría a ir consiguiendo construir un «mercado de trabajo comunitario», que se iría perfeccionando a través de los principios consolidados en la Europa comunitaria.

Por último, la utilización del criterio de la autonomía de la voluntad podría simplificar el régimen finalmente aplicable al contrato del trabajador que es desplazado temporalmente al territorio de un Estado comunitario distinto del Estado en el que normalmente realiza su actividad, pues se evitarían las constantes comparaciones y valoraciones que es preciso realizar entre las distintas normas en juego para comprobar cuál de ellas es más ventajosa para el trabajador.

2.2. Determinación del sistema jurídico más vinculado en el contrato de trabajo temporal transnacional.

En el artículo 6, pár. 2.º del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, subyace la utilización de la vinculación más estrecha en orden a determinar los ordenamientos «relevantes» para precisar los mínimos que no pueden ser derogados a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A diferencia del artículo 4 del citado convenio, el pár. 2.º del artículo 6 determina *a priori* la ley que tiene, necesariamente, los vínculos más estrechos con el contrato de trabajo (sin perjuicio de que por vía de excepción pueda considerarse que existe otra ley más estrechamente vinculada). Tal ley es la correspondiente al lugar en el que el trabajador presta habitualmente su trabajo (sin que se tomen en consideración los desplazamientos temporales de trabajadores). En su defecto, la ley más estrechamente vinculada es la correspondiente al lugar en el que está establecido el empresario.

Por tanto, el artículo 6 del Convenio de Roma obvia, *a priori*, la importancia de la ley del lugar temporal. Como ha señalado la generalidad de la doctrina, el artículo 6 del Convenio de Roma niega la propia especialidad de este tipo de contratos de trabajo, dado que expresamente se opone a que pueda tomarse en consideración la relevancia de que el trabajador sea enviado temporalmente al extranjero ⁷⁴. No obstante, ello no significa que el artículo 6 del Convenio de Roma ignore absolutamente la relevancia que, en determinadas ocasiones, puede tener la ley temporal cuando, por ejemplo, el trabajador es contratado por primera vez por una ETT para ser desplazado al extranjero, sin que exista todavía un lugar habitual de trabajo ⁷⁵. Podría cuestionarse si cabe introducir, por la vía de la cláusula de escape, el criterio del lugar temporal.

⁷⁴ La construcción de una norma de conflicto especial se ha justificado, precisamente, por la falta de consideración del lugar temporal por el Convenio de Roma. Pero, si nos fijamos, la Directiva 96/71/CE tampoco resalta el lugar temporal. Por el contrario, conecta siempre el trabajo al lugar habitual. La presunción de existencia de un lugar habitual en el que se desarrolla el trabajo pone de relieve que la Directiva estaba pensando en los casos en que las empresas desplazan a «su» plantilla al territorio de otro Estado comunitario a prestar un servicio (véase el art. 2, pár. 1.º de la Directiva, en el que se define el concepto de trabajador desplazado). Más concretamente, está pensando en los supuestos de subcontratación. Sin embargo, la movilidad en un grupo de empresas y la movilidad en el seno de las ETTs no presenta siempre estos rasgos tan claros.

⁷⁵ En el ámbito de la competencia judicial internacional, la doctrina ha entendido, como se ha señalado *supra*, que el lugar temporal puede considerarse lugar habitual de trabajo si se observa al trabajador de una forma objetiva, esto es, sin pensar en sus características y circunstancias individuales, sino como si se tratara de un trabajador «hipotético»,

El pár. 2.º del artículo 6 permite tomar en cuenta la mayor vinculación de la ley temporal en estas ocasiones. La inexistencia de un lugar habitual de trabajo, supondría que tendría que considerarse que la vinculación más estrecha se produce con el Estado al que es desplazado el trabajador para desempeñar temporalmente el trabajo ⁷⁶. Tal disposición utiliza la vinculación más estrecha como punto de conexión (flexibilización del método conflictual) para determinar la ley que se aplica al contrato en defecto de elección, y, en su último inciso permite nuevamente al operador jurídico que utilice la vinculación más estrecha como cláusula de excepción ⁷⁷. De este modo, cuando no quepa apreciar la existencia de un lugar de realización habitual del trabajo, puede recobrar operatividad la ley del lugar temporal, aplicable de conformidad con la cláusula de cierre o excepción prevista en el último apartado del artículo 6 del Convenio de Roma.

2.3. Las normas imperativas de la *lex loci laboris temporalis*.

Suele señalarse que la Directiva ha determinado la aplicación de un conjunto de normas imperativas correspondientes al lugar de realización temporal del trabajo. La explicación que se utiliza para justificar su sentido es que pretende crear un cuerpo de normas imperativas, que suponen un estándar mínimo de protección (o núcleo duro) que no cabe modificar por las partes. Sin embargo, esta afirmación puede ser matizada.

Así, podría considerarse que el artículo 3, pár. 1.º letra h) de la Ley 45/1999 es un *indicador espacial* que indica la aplicación imperativa de la ley del lugar temporal, que recoge «la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión», como uno de los aspectos que deberán garantizar los empresarios que desplacen a sus trabajadores a España, pues, de no indicar expresamente su aplicación, esta cuestión pertenecería al ámbito de aplicación de la ley rectora del contrato individual de trabajo. De igual forma sucede cuando se trata de las normas que regulan los mecanismos que deben utilizarse para prevenir riesgos en el trabajo, así como cuando se trata de promocionar a la mujer en el empleo y que no se la discrimine con respecto al hombre. En estos casos, puede pensarse que se

que cuando es desplazado ocupa un «puesto de trabajo». Tras este planteamiento del lugar habitual de trabajo existe, evidentemente, una concepción determinada del trabajo. *Cfr.*, P. MANKOWSKI: «Der gewöhnliche Arbeitsort...», *loc. cit.*, págs. 336-337.

⁷⁶ La explicación que da la doctrina para justificar que en estos casos no debe apreciarse la relevancia del lugar al que es desplazado el trabajador de forma temporal para determinar la vinculación más estrecha no resulta convincente, pues ni la nacionalidad de las partes ni el domicilio del trabajador han de ser los únicos criterios que tengan que valorarse para apreciar la vinculación más estrecha. *Vid.*, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: «Tráfico intracomunitario...», *loc. cit.*, marg. 26.

⁷⁷ Para la diferente función del criterio de la «vinculación más estrecha» en ambos casos; esto es, como modo de flexibilizar el método de atribución y como cláusula de cierre o de escape *vid.*, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1999, pág. 157 y ss. En torno a la cláusula de excepción véase, K. KREUZER: «Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berechtigungsnormen», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1992, vol. 3, pág. 168 y ss.

trata de normas que se aplican de forma necesaria a la relación laboral ⁷⁸. De este modo, la citada ley habría servido para erigir a la categoría de normas imperativas determinadas disposiciones del Derecho de cada uno de los Estados comunitarios, de tal forma que su aplicación es independiente del artículo 7, párs. 1.º y 2.º del Convenio de Roma.

Podría decirse, por tanto, que el Derecho comunitario incide sobre la esfera de aplicación de normas internas de los Estados miembros; esto es, el Derecho comunitario hace que ciertas disposiciones que no son internacionalmente imperativas, lleguen a serlo por indicación de la Directiva 96/71/CE. Su artículo 3 obliga a los Estados comunitarios a identificar cuáles son las disposiciones imperativas que se aplican con independencia de la ley rectora del contrato de trabajo. De este modo, las leyes de desarrollo, al precisar el contenido mínimo (esto es, el conjunto de disposiciones imperativas) aportan seguridad jurídica, pues tales normas se aplican necesariamente ⁷⁹.

En el ámbito comparado, algunos países comunitarios que no han transpuesto aún la Directiva en sus ordenamientos jurídicos (véase el caso de Alemania o de Francia), han determinado un conjunto de disposiciones imperativas, cuyo título de aplicación no es comunitario. Por tanto, las empresas comunitarias que desplazan a sus trabajadores para prestar servicios en empresas establecidas en estos Estados no están obligadas a «garantizar» a tales trabajadores la protección señalada por dichas leyes. Cuando no interpongan la reclamación ante los tribunales del lugar temporal, la única forma de poder aplicar tales disposiciones es el artículo 7, párs. 1.º del Convenio de Roma ⁸⁰. Hay que destacar que las normas internacionalmente imperativas que actúan en el ámbito del contrato individual de trabajo tienen la característica de que «pueden dejar de ser imperativas ante otras normas más favorables para el trabajador» ⁸¹.

No obstante, el recurso a las normas imperativas resulta innecesario si se considera que la «aplicación» de la ley del Estado de destino se realiza a título de «remisión material». No obstante, la categoría de normas imperativas puede servir para «ilustrar» con mayor claridad qué disposicio-

⁷⁸ La presencia de normas imperativas incide en la regulación del contrato de trabajo, en la medida en que van restando capacidad reguladora a dicha ley. No obstante, puede cuestionarse la trascendencia práctica de reconocer que las normas relativas a la no discriminación en el ámbito laboral vigentes en el lugar temporal de trabajo tienen carácter imperativo, dado el esfuerzo de armonización realizado por la UE en estos y otros ámbitos a los que también se refiere la Directiva (v.gr., promoción del trabajo de las mujeres, etc.).

⁷⁹ Vid. un análisis de esta cuestión en, A. BONOMI: *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, marg. 33.

⁸⁰ La circunstancia de que la ley alemana no haya sido una ley de transposición de la Directiva sobre desplazamiento puede tener trascendencia, al no tratarse de disposiciones imperativas que han de ser interpretadas, en caso de duda en cuanto a su ámbito espacial de aplicación, de conformidad con los objetivos comunitarios (consecución de un mercado unitario, etc.). Cfr., U. EHRICKE: «Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts-Ein Beitrag zu ihren Grundlagen und zu ihrer Bedeutung für die Verwirklichung eines europäischen Privatrecht», *Rabels Z.*, 1995, vol. 59, págs. 609 y ss.

⁸¹ Cfr., I. GUARDANS CAMBÓ: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 405. Esta idea ya se había expresado con anterioridad por F. Pocar: «Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, págs. 734 y ss.

nes del sistema jurídico aplicado a título de remisión material se proyectan a la regulación del contrato de trabajo, en el sentido de que indicarían qué contenidos han de ser «tomados» de la ley temporal necesariamente. Sin embargo, no es conveniente utilizar el expediente de la norma imperativa para explicar el título en virtud del cual se aplican al contrato de los trabajadores temporalmente desplazados en el ámbito comunitario los convenios colectivos vigentes en el lugar de realización temporal de la actividad. Su falta de consideración como norma imperativa permite comprender y analizar de forma más precisa y exacta su juego o relación con la ley que regula el contrato individual de trabajo. En unas ocasiones, ellos mismos indican su ámbito de aplicación en el espacio, y en otras, forman parte de los contenidos normativos que dan la respuesta final a la relación laboral internacional de los trabajadores desplazados, canalizados a través de la remisión material a la ley del lugar temporal.

Por tanto, *la referencia a los convenios colectivos en la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores, no supone elevarlos a la categoría de normas imperativas del lugar en el que temporalmente se realiza el trabajo*. Si se toma en consideración que la remisión a la ley del Estado de origen se hace a título de remisión material, no es necesario considerar que se trata de un contenido que se aplica a título de norma material imperativa, dado que integra o forma parte de la regulación del contrato de trabajo, pero no depende de la consideración por parte de ningún ordenamiento de que se trata de una norma imperativa, ni tampoco tiene que existir ninguna norma de extensión que sirva de indicador espacial ⁸².

Por último, suele existir cierto reconocimiento de que son de aplicación al contrato internacional de trabajo las disposiciones imperativas correspondientes a la *lex loci laboris*, la duda se presenta, sin embargo, a la hora de tener que decidir el título de aplicación de tales disposiciones: artículos 6 o artículo 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. En los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores, la vía para aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas de la *lex loci laboris* no puede hacerse más que a través del artículo 7 del citado Convenio si el trabajador interpone la demanda en el lugar temporal, entendiendo que el Estado en el que se desarrolle el trabajo presenta una conexión suficiente en estos supuestos como para «tomar en consideración» sus normas imperativas ⁸³.

2.4. El salario mínimo de los trabajadores desplazados: el salario de referencia como parámetro de valoración.

El salario es la cuestión que reviste más trascendencia en orden a determinar las condiciones laborales de los trabajadores si se examina desde la perspectiva de que pueda ocasionar una desventaja competitiva para las empresas. Las diferencias en torno a los conceptos mínimos salariales, así como los complementos, existentes en los sistemas jurídicos de los Estados comunitarios acentúa el interés por este tema.

⁸² Así es como debe ser entendido, según lo visto *supra*, el artículo 3, pág. 4.º de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

⁸³ *Cfr.*, I. GUARDANS CAMBÓ: *op. cit.*, pág. 453.

El salario es una cuestión que queda comprendida en el ámbito de aplicación de la ley rectora del contrato de trabajo. Sin embargo, la divergencia en torno a la cuantía del salario mínimo existente en los ordenamientos de los Estados comunitarios determina que se haya considerado tradicionalmente que el salario se regula por el Derecho de la autoridad que decide el asunto, como «norma imperativa». Sin embargo, si no se determina de forma exclusiva la competencia de las autoridades del lugar temporal (véanse los criterios de determinación de la competencia judicial internacional), sí conviene fijar este contenido de la *lex loci temporalis* de forma imperativa.

Junto con las disposiciones imperativas de la ley del lugar temporal, la Directiva 96/71/CE ha dado lugar a la creación de normas imperativas netamente comunitarias: las que regulan en cada una de las leyes de transposición el contenido y los conceptos incluidos en la categoría de «salario mínimo». Como consecuencia de la llamada «competencia reguladora» (*vid. supra*), se ha producido una elevación del contenido del salario mínimo y, por efecto de la Directiva comunitaria, las normas que determinan su cuantía se han transformado en imperativas, que sólo se aplican cuando se trata de desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de la UE y del EEE (y ello con independencia de la ley que regula el contrato de trabajo) ⁸⁴.

La Directiva, así como la Ley 45/1999, dedican parte de su atención a determinar una cuantía mínima salarial, que ha de ser respetada por las empresas que desplazan a sus trabajadores, pues deberán asegurarles el salario mínimo que obtienen los trabajadores que habitualmente trabajan en el Estado de acogida. No obstante, si se leen detenidamente los conceptos que se mencionan en el artículo 4 de la Ley 45/1999, se observa que la cuantía del salario mínimo no coincide con la cantidad mínima que se le pagaría a un trabajador español que realiza su trabajo en España.

Puede decirse, por tanto, que *la Directiva 96/71/CE ha creado un concepto de salario mínimo vinculado al espacio comunitario, ya que sólo se aplica cuando se trata de trabajadores desplazados en el ámbito comunitario*. Esto es, la Directiva constituye el título de aplicación de un contenido normativo «nuevo», dado que no es el mismo que se aplica al salario de los trabajadores que no son desplazados a otro Estado comunitario, sin tener que acudir para ello, al artículo 7, párr. 1.º del Convenio de Roma (*vid. más detenidamente infra*).

3. Valoración de las aportaciones de la Directiva y de la Ley 45/1999: ¿fraccionamiento legislativo versus cúmulo de normas de distintos sistemas jurídicos?

La valoración acerca de las novedades que introduce la Ley 45/1999 de transposición de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores ha de realizarse de una forma más meditada y matizada de lo que normalmente suele hacerse. Cuando se justifica la existencia de la Directiva sobre

⁸⁴ Sin embargo, como se ha señalado, en la actualidad, la cuantía del salario no es sólo la determinada en tanto que salario mínimo, sino que inciden de forma decisiva los acuerdos adoptados por la vía de la negociación entre los empresarios y los trabajadores; esto es, a través de los convenios colectivos.

desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, el primer argumento que suele emplearse es que, de no existir la Directiva, podría suceder que los mercados de trabajo comunitarios de países «ricos», se vieran perjudicados por la competencia desleal que supone el hecho de que los trabajadores que han sido desplazados, tengan condiciones económicas menos ventajosas.

En cambio, no suelen criticarse las consecuencias que puede comportar la Directiva, alegando que hace nacer otras formas de «competencia desleal» en el mercado comunitario, porque las empresas de países más «pobres» nunca podrán competir con las comunitarias de países que gozan de un nivel económico y de vida más elevado, impidiéndoles utilizar esa ventaja competencial, insita en el principio comunitario de respeto a la diversidad y a la competitividad de las empresas de cada Estado⁸⁵. La Directiva, por tanto, provoca que para que no se «entorpezca» la libre competencia en cada uno de los mercados de trabajo nacionales comunitarios se limiten las condiciones en las que puedan actuar o ejercer la actividad económica las empresas establecidas en España, Grecia, Portugal, Irlanda...

En cambio, las empresas francesas, alemanas, belgas, etc., estarán en mejores condiciones para prestar sus servicios en cualquier territorio de un Estado comunitario o de la zona de libre cambio. Por consiguiente, la Directiva desequilibra el mercado de trabajo comunitario y perjudica las condiciones en las que las empresas establecidas en Estados, que tienen un menor desarrollo económico y social, puedan ejercitar la libre prestación de servicios⁸⁶. Hasta tanto no exista una equiparación de las condiciones laborales en un «auténtico» mercado comunitario del trabajo, a lo que debe contribuir el avance en la creación de un genuino Derecho Comunitario del trabajo, debería ponderarse mejor la permanencia de significativos diferenciales socio-económicos entre los Estados comunitarios⁸⁷.

⁸⁵ Ya se señalaron los inconvenientes que podía suscitar la aplicación de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, en la medida en que «obligar a las empresas de los países comunitarios económicamente más pobres, a alinear las condiciones de trabajo de los asalariados que desplaza, con aquellas imperantes en el país de acogida, supuestamente más avanzadas, equivaldría a excluirlas de hecho del mercado, puesto que económicamente no estarían preparadas para soportar tal cambio» Así se manifestó el, por entonces, Comisario de la Dirección General dedicada al mercado interior y a los asuntos industriales, el Sr. Martín Bangemann. *Cit. por*, J.J. MARTÍNEZ MURILLO: «Cesión de trabajadores...», *loc. cit.*, pág. 18. *Vid.* en este mismo sentido, P. JUÁREZ: «El desplazamiento...», *loc. cit.*, pág. 99.

⁸⁶ Se reproduce, pero en sentido inverso, el mismo problema que se pretendió evitar a través del Acta de Adhesión del Reino de España y de la República de Portugal a la CE, a través de la limitación temporal de la libre circulación de trabajadores. *Vid.* Sentencia TJCE (Sala Sexta), de 27 de marzo de 1990 en el Asunto Rush Portuguesa en, *Rec.*, 1990-I, págs. 1.417-1.446. Además, la Sentencia *Rush Portuguesa* pone de relieve los problemas de delimitación entre la «libre prestación de servicios» y la «libre circulación de trabajadores». El Alto Tribunal considera que no cabe poner cortapisas a la libertad de prestación de servicios, y que una cortapisa es, precisamente, que la empresa que desplaza a sus trabajadores no pueda contratar a los que necesite (pero no sólo al «personal de confianza» o «al trabajador profesional» o «que tiene atribuidas funciones de dirección» en la empresa), sino a ninguno, porque no se le puede obligar a tener que contratar mano de obra *in situ* ni a tener que obtener un permiso de trabajo. Si esto ya era una restricción, cuanto más lo será la imposición de condiciones más elevadas.

⁸⁷ Se ha señalado que, *de lege ferenda*, la solución debería orientarse más hacia aquellas empresas de países económicamente fuertes que se establecen, aprovechando la realización del mercado interior, en los Estados miembros más pobres para contratar allí su personal de servicio y luego desplazarlos a otros Estados miembros, sacando partido de esta forma al menor coste de mano de obra. Se ha propuesto la creación de una norma de conflicto común a todos los Estados miembros que indique la aplicación de «la ley donde se ejecuta el servicio es la aplicable a las relaciones de trabajo» (*cf.*, J.J. MARTÍNEZ MURILLO: «Cesión de trabajadores...», *loc. cit.*, págs. 17-18). Sin embargo, ya se han indicado los problemas que presenta la aplicación de la *lex loci temporalis*.

Nuestras observaciones son algo más matizadas. Parece que la Directiva ha querido garantizar la aplicación de determinadas disposiciones imperativas que derivan de la ley correspondiente al lugar al que el trabajador es desplazado de forma temporal, con independencia de la ley que se aplique al contrato, señaladamente, del salario mínimo. *Tal objetivo comunitario no se justifica totalmente*, por dos motivos: en primer lugar, porque los salarios se están flexibilizando, de tal manera que no cabe establecer una cuantía por motivos estrictamente objetivos, sino que se toman en consideración, además, otros factores, como por ejemplo, el tipo de trabajo que se preste, etc. En segundo extremo, no siempre es más favorable para el trabajador la aplicación de la normativa reguladora del salario vigente en el Estado al que es desplazado, pues cabe pensar que sea desplazado desde Alemania a Grecia, país este último en el que las condiciones salariales son menos ventajosas para el trabajador.

No parece que se justifique una normativa tan compleja para poner de relieve que el salario es siempre el fijado por la ley del lugar al que es desplazado temporalmente el trabajador. Sin embargo, cabe apreciar también aspectos positivos en la Directiva, así como en la ley española de transposición si se considera, de un lado, que la referencia a la *lex loci temporalis* se hace a título de «remisión material», y de otro, se destaca la importancia que tiene el salario, permitiendo un incremento a través del efecto de «competencia reguladora» que supone el «salario de referencia» del país de destino respecto del país de origen, obviamente cuando éste sea de peor condición que aquél.

IV. PROBLEMAS Y NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES

1. El foro del lugar en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo y las excepciones: relevancia en los supuestos de desplazamiento de trabajadores.

En el ámbito comunitario y en el Espacio Económico Europeo, el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, y el Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988 (en adelante, CBr. y CLu.), respectivamente, recogen un foro de competencia internacional específico, que atribuye el conocimiento de los litigios relativos a las relaciones laborales internacionales al tribunal correspondiente «al lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda», siendo dicho lugar, «aquél en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo». No obstante, si el trabajador no realiza su trabajo de forma habitual en un único Estado o no existe un lugar habitual de trabajo, porque acaba de ser contratado, el artículo 5, párr. 1.º del Convenio de Bruselas prevé que «podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador»⁸⁸.

⁸⁸ Y el artículo 5, párr. 1.º del Convenio de Lugano sanciona para el mismo supuesto el foro del lugar de situación del establecimiento que hubiere contratado al trabajador. En ambos casos, se considera que el Estado más vinculado es el del lugar de establecimiento de la empresa que contrató al trabajador. No obstante, existe entre ambos foros una diferencia de matiz, que puede tener trascendencia en la práctica. En el CLu., sólo se tiene en cuenta el lugar de establecimiento de

La historia legislativa de estos foros pone de relieve las dificultades que ha suscitado (y suscita) la materia laboral en orden a determinar la competencia internacional ⁸⁹. La variedad de situaciones que dan lugar a los litigios en el orden laboral internacional (contratos de comisión, contratos de agencia, etc.), y los distintos tipos de movilidad que pueden tener lugar con ocasión de cada modalidad de contrato de trabajo (representantes comerciales, directivos, etc.), dificultan el establecimiento de una regla en esta materia.

En la jurisprudencia del TJCE encontramos respuesta a algunas de las cuestiones que plantea la determinación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo. Son ya conocidos algunos asuntos resueltos por el citado tribunal, en los que, en un momento en el que aún no existía el foro específico en materia de contrato de trabajo en el CBr. ni en el CLu., se propusieron soluciones, que pueden resultar de interés para analizar los problemas que se suscitan en el específico caso de los desplazamientos de trabajadores en el espacio comunitario en el marco de una prestación de servicios ⁹⁰.

Recientemente, la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, que modifica el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea, ha supuesto la adaptación del Convenio de Bruselas a lo previsto en el artículo 65 de dicho Tratado. De este modo, el Consejo ha

la empresa que hubiere contratado al trabajador. En cambio, el artículo 5, párr. 1.º del CBr. permite tomar en consideración también el lugar en el que hubiere estado situado tal establecimiento. Sobre los motivos de la precisión introducida en el citado acuerdo internacional *vid.*, Almeida/Desantes/Jenard: «Informe explicativo sobre el Convenio del Reino de España y la República Portuguesa relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia», *DOCE*, C-189, pág. 45; G. A.L. DROZ: «La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pág. 8 y ss.

En los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores, tal diferencia puede ser significativa cuando se trata de un contrato de trabajo celebrado por una ETT situada en España con un empleado español para desplazarlo al territorio de otro Estado comunitario. Puede darse la situación de que la ETT cambie su lugar de establecimiento durante el tiempo en que el trabajador es desplazado, y que si surge alguna desavenencia, el trabajador español se vea obligado a demandar a la empresa en el nuevo lugar de establecimiento. El CBr. da respuesta a esta situación, permitiendo que el trabajador pueda también demandar al empresario en el lugar en donde se encontraba el establecimiento cuando lo contrató. La diferencia señalada, además, puede tener trascendencia en el eventual reconocimiento de las decisiones dictadas por autoridades judiciales de los Estados pertenecientes a ambos convenios, según lo dispuesto en el artículo 54 ter, apartado 3.º del CLu.

⁸⁹ Sobre la historia legislativa del artículo 5, párr. 1.º del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968 *vid.*, J.A. PÉREZ BEVIÁ: «Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo en los Convenios europeos de Derecho internacional privado», *RL*, 1995-II, pág. 1.397 y ss. Si bien fueron bien recibidos, la doctrina comparada puso de relieve los déficits de regulación del Convenio de San Sebastián, que no aprovechó la ocasión para crear un foro autónomo relativo al contrato de trabajo (esto es, independiente del foro general de las obligaciones contractuales). *Cfr.*, P. LAGARDE: «Le contrat de travail dans les conventions européennes de droit international privé», *Droit international et droit communautaire, Actes du Colloque*, Paris, 5-6 avril 1990, Paris, 1991, pág. 71.

⁹⁰ En la Sentencia de 25 de enero de 1987 (As. 266/85, Shenavai c. Kreiser), el TJCE tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de la determinación de la prestación característica del contrato de trabajo. Sobre este asunto *vid.*, A. BORRÁS RODRÍGUEZ: «La competencia de los tribunales internos en materia de obligaciones contractuales (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1987, As. 266/85)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, pág. 731 y ss. Para una evolución de la jurisprudencia del Alto Tribunal en el ámbito de las relaciones laborales internacionales *vid.*, J.L. IRIARTE ÁNGEL: «El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo», *RL*, 1996-I, pág. 1.328 y ss.;

preparado una propuesta de Reglamento relativa a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el que se introduce una nueva Sección 5.ª relativa a la «Competencia en materia de contratos individuales de trabajo»⁹¹.

Estos nuevos artículos clarifican que (tal y como ya había ido interpretando el TJCE) existe un único foro de competencia por el cual pueda demandarse al trabajador (domicilio del demandado), otorgándole un foro alternativo para que pueda demandar al empresario en distintos lugares: bien ante los tribunales del Estado en que estuviese domiciliado, o en otro Estado miembro, siempre que se trate del lugar en que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado, o si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la regla relativa a la explotación de agencias o sucursales⁹².

El artículo 19 del proyecto de Reglamento comunitario, a diferencia de los artículos 5, párr. 1.º de los Convenios de Bruselas y de Lugano, utiliza la expresión «establecimiento que hubiere contratado» al trabajador en lugar de «establecimiento que lo hubiere empleado». Tal variación puede entenderse de dos formas: o bien que hace referencia al establecimiento que contrató al trabajador, o bien que menciona al establecimiento en el que el trabajador ha estado empleado. Tal modificación puede tener trascendencia en los supuestos de desplazamiento temporal, pues cabe considerar que cuando un trabajador es desplazado por una ETT a otro Estado comunitario, podrá demandar a la empresa usuaria en el Estado en donde tiene su establecimiento, porque tal empresa lo ha «empleado», aunque no lo haya «contratado»⁹³.

⁹¹ La letra b) del párr. 2.º del artículo 19 del Proyecto de Reglamento comunitario sobre la competencia internacional y el reconocimiento de decisiones prevé: «si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador». Puede verse el texto del citado proyecto en la siguiente dirección de internet: www.euro-pa.eu.int/search/s97.vts.

⁹² El trabajador que es desplazado por una empresa establecida en un Estado comunitario a otro Estado comunitario en el marco de una prestación de servicios también puede demandar al citado empresario utilizando la regla especial de competencia, recogida en el artículo 5, párr. 5.º del CBr. y 5, párr. 5.º del CLu. Tal criterio permite que el trabajador demande al empresario, aunque no tenga su domicilio en la Comunidad Europea, pero explota en éste sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento. En este caso, se presume que el empresario tiene su domicilio en un Estado miembro (sobre esta disposición *vid.*, P. BLANCO-MORALES LIMONES: «Comentario al artículo 5, párr. 5.º del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968» en, AA.VV.: *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), Madrid, 1994, pág. 139 y ss.). Del mismo modo, el proyecto de Reglamento comunitario relativo a la competencia internacional y el reconocimiento de decisiones concede al trabajador que es contratado por una empresa matriz para que «explote» una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento cuando la casa matriz no está en el territorio de un Estado comunitario, la posibilidad de demandar al empresario en el Estado comunitario en el que se hallare sita la sucursal o la agencia (*vid.* art. 18, párr. 2.º). Esta regla «atrae» la competencia a los tribunales comunitarios.

⁹³ La específica relación triangular a la que da lugar la fórmula de contratación laboral en el marco de una ETT puede generar estos problemas interpretativos, en la medida en que la empresa que, en efecto, emplea al trabajador, no es la que lo contrató. No obstante, tal trabajador está vinculado contractualmente con la ETT, que sigue ejerciendo el poder

En el texto de proyecto de Reglamento comunitario se mantiene la consideración de que el lugar de trabajo habitual constituye un criterio adecuado para determinar la competencia judicial en el ámbito de las relaciones laborales internacionales. Sin embargo, la movilidad intrínseca a las relaciones internacionales intracomunitarias, que, además, pretende promocionar el Derecho comunitario a través de la restricción de los obstáculos que entorpecen el ejercicio de las libertades comunitarias, no se compadece con el mantenimiento de la preferencia por el foro del lugar habitual de trabajo. Son tan frecuentes los casos en que no podrá precisarse el lugar habitual de trabajo, que no se comprende cómo una norma nueva ha podido ser tan «poco» atrevida.

Es de lamentar que no se haya aprovechado la ocasión para recoger el foro del lugar de prestación del servicio. Este foro agiliza y simplifica la precisión del tribunal competente, pues siempre será el correspondiente al lugar en donde se haya prestado el servicio, con independencia del tiempo que se haya empleado, o de los demás sitios en donde también se haya realizado. Por último, evita el recurso al lugar en donde se encuentra o se encontraba establecida la empresa que contrató o empleó al trabajador, foro de competencia que sólo utilizará el trabajador cuando coincida, además, con algún elemento que lo vincule con dicho Estado (*vid. infra*).

Además, el TJCE ya había realizado una interpretación amplia del concepto de lugar habitual de realización del trabajo, utilizado por el artículo 5, párr. 1.º del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968. El citado Tribunal había considerado que cuando el trabajador desempeña el trabajo en distintos lugares, habrá de entender como «lugar habitual» el «centro efectivo de sus actividades profesionales»⁹⁴. Como puede observarse, el TJCE no ha acudido al foro subsidiario del lugar de establecimiento de la empresa que contrató o empleó al trabajador.

Esta vía, esto es, la utilización de un criterio teleológico para interpretar el concepto de lugar habitual de trabajo (una vez que no se ha optado por sancionar el *forum servicii*), conduce a resultados que se adaptan mejor a las exigencias y especialidades de la movilidad propia de un espacio económico de libertades y, por tanto, también a las cuestiones relativas a las relaciones laborales de los trabajadores internacionalmente desplazados en el marco de una prestación de servicios. Si bien la doctrina comparada ha criticado la decisión del TJCE en el Asunto Wilhemus-Rutten/Cross Medical, aprueba utilizar un concepto material de lugar habitual de realización del trabajo orientado al mercado, de forma que tal lugar no se defina, necesariamente, como aquel en donde el trabajador desarrolla la principal actividad, sino como el lugar en cuyo mercado el trabajador es reclutado⁹⁵. De

de dirección de dicho trabajador y, por tanto, posee las facultades de modificar, extinguir, etc., tal relación laboral. La alteración que se ha producido en el nuevo artículo 19 del Reglamento comunitario, permite considerar que el trabajador también puede demandar a la empresa usuaria en el lugar en donde presta el servicio, porque tal empresa ha «empleado» al trabajador.

⁹⁴ *Vid.* Sentencia de 9 de enero de 1997 (As. C-383/95, Petrus Wilhemus Rutten c. Cross Medical Ltd.). La búsqueda del «centro efectivo de trabajo» supone una real conexión con determinado lugar, y no sólo una conexión basada en la mayor permanencia temporal del trabajador con dicho territorio.

⁹⁵ Tal interpretación del lugar habitual de realización del trabajo se justifica atendiendo, básicamente, a tres motivos: en primer lugar, en el lugar al que es desplazado el trabajador es donde se produce una situación de concurrencia en el mercado de trabajo; en segundo extremo, el trabajador es parte de ese mercado, entendido como organización (de trabaja-

este modo, se consideraría que el lugar habitual de realización del trabajo es aquel al que el trabajador es desplazado, y no será preciso acudir a las reglas previstas para los casos de excepción, recogidas en los artículos 5, párr. 1.º de los Convenios de Bruselas y de Lugano [ni al criterio previsto en el art. 19 del Proyecto de Reglamento citado: lugar que ha o hubiera contratado (empleado) al trabajador].

Esta interpretación flexible podría ayudar a determinar el lugar de realización habitual del trabajo en los casos de desplazamiento de trabajadores, sin tener que considerar el lugar de establecimiento de la empresa que contrató o empleó al trabajador. Si bien tal criterio amplía el abanico de posibilidades que se le conceden al trabajador (como parte débil de la relación contractual) para que pueda defender sus intereses, sólo va a acudir a los tribunales del lugar de establecimiento de la empresa, cuando coincida con su lugar de residencia, su domicilio, su nacionalidad, etc., esto es, cuando tal lugar sea cómodo para el trabajador ⁹⁶.

Es frecuente atribuir una importancia al lugar de trabajo «inversamente proporcional a la importancia del trabajador en la firma, pues cuanto más alto es su cargo, más importante es la relación con el centro de la empresa que lo contrató» ⁹⁷. Sin embargo, tal aseveración puede ser contrastada si se observa desde el prisma del otorgamiento de posibilidades al trabajador para que pueda litigar frente al empresario, pues tan sólo le interesará litigar en el lugar en donde se encuentra el establecimiento de la empresa, cuando posea en dicho lugar su residencia, su domicilio o alguna otra conexión que le permita poder defenderse ante dichas autoridades ⁹⁸.

Por tanto, *los supuestos de desplazamiento de trabajadores no pueden observarse como excepciones al lugar habitual del trabajo*, aunque, ciertamente, dicho trabajador no tenga un lugar habitual de realización de la actividad, pues si se considerara de este modo, habría que utilizar los criterios de competencia subsidiarios previstos en el CBr. o en el CLu. o en el nuevo proyecto de Reglamento sobre competencia internacional y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil. La utilización de una regla flexible, como la empleada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, podría servir para buscar un foro de competencia adecuado para estos supuestos.

dores y empresarios); y, por último, estos dos argumentos repercuten en el tercero: la protección del trabajador. De un lado, si se falsean las condiciones en el mercado de trabajo en el que se recluta al trabajador, se produce una situación de concurrencia entre los trabajadores de dicho mercado (que les perjudica) y, de otro lado, se aseguran la aplicación de unas condiciones de trabajo unificadas a nivel colectivo. *Cfr.* estos argumentos en, P. MANKOWSKI: «Der gewöhnliche Arbeitsort...», *loc. cit.*, pág. 335 y ss.

⁹⁶ Tal comodidad existe si dicho lugar (el del establecimiento de la empresa) es alguno de los citados, pues, en otro caso, por ejemplo, si el trabajador es despedido cuando prestaba un servicio en un Estado comunitario, al que había sido desplazado por una ETT española, pero el trabajador no tenía en este país su residencia habitual, puede pensarse que no sea real conceder al trabajador la posibilidad de que litigue ante los tribunales de tal lugar, con el que tan sólo tiene una vinculación «mínima», dado que sólo es el lugar en el que se contrató al trabajador.

⁹⁷ *Cfr.*, O. KAHN-FREUND: «Notes on the conflicts of laws in relation to employment in english and scottish law», *Selected Writings*, Londres, 1978, pág. 259 y ss., *cit.* por M. VIRGÓS SORIANO: «El convenio de Roma...», *loc. cit.*, págs. 802-803.

⁹⁸ Por tanto, esta afirmación puede tener cabida si se razona en términos de Derecho aplicable, pero no resulta convincente desde la óptica de la determinación de la competencia judicial internacional.

Por último, ha de criticarse la formulación que ha utilizado el proyecto de Reglamento comunitario para determinar la competencia en materia de contrato internacional de trabajo, pues parece que, al utilizar los foros de la residencia habitual y del establecimiento de la empresa, ha pretendido subordinar la competencia internacional a la ley aplicable. En el ámbito del contrato internacional de trabajo no se justifica ni la subordinación de competencias, ni el paralelismo de conexiones. En el sector del Derecho aplicable se pretende alcanzar la regulación final del contrato más favorable para el empleado. En el plano de la competencia internacional, hay que facilitar al trabajador el acceso a las autoridades judiciales. Ambos objetivos (materiales y procesales) no pueden alcanzarse de la misma forma. La concesión de la posibilidad de que el trabajador litigue ante el lugar temporal persigue facilitar el acceso a la justicia.

En el ámbito del Derecho aplicable, por el contrario, el lugar habitual así como la autonomía de la voluntad ocupan una posición más importante que la *lex loci temporalis*. Además, mientras que en Derecho aplicable, el lugar habitual de trabajo constituye una conexión adecuada, no siendo necesario un desplazamiento hacia la *lex loci servi* (sino más bien hacia el reconocimiento de mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad), en competencia judicial internacional, en cambio, puede ocupar mayor protagonismo tal criterio, con la finalidad de conceder más facilidades al trabajador para que pueda litigar.

En segundo término, tampoco se justifica absolutamente la utilización del método del paralelismo de conexiones, pues aunque pueda utilizarse el mismo elemento o criterio en uno u otro sector, pueden (y deben) ser interpretados de distinta forma, en función de la diversa finalidad que uno y otro tienen. Así, el lugar de realización habitual del trabajo no tiene el mismo peso específico en competencia que en ley aplicable ni ha de interpretarse del mismo modo. En competencia internacional hace falta una vinculación o una relación menos estrecha, menos íntima con el lugar de trabajo habitual, pudiendo considerarse, por tanto, que tal lugar es el de prestación del servicio. En cambio, para considerar que existe tal lugar habitual de trabajo en el ámbito del Derecho aplicable (para determinar la aplicación a determinada persona de las soluciones o respuestas jurídicas previstas por dicha ley), se necesita mayor vinculación, mayor proximidad de ese ordenamiento jurídico ⁹⁹.

2. La Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores: ¿un nuevo foro de competencia internacional?

Se considera que la Directiva (art. 6), así como, por este motivo, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de transposición ha tenido la finalidad de ampliar las posibilidades que tiene el trabajador de litigar o de entablar una acción frente al empresario que lo desplazó, de tal manera que junto

⁹⁹ Ha podido comprobarse cómo el lugar habitual de trabajo en el ámbito de la competencia habitual puede orientarse al mercado, pero no es conveniente realizar tal interpretación del *loci laboris* en el sector del Derecho aplicable, pues no debe utilizarse un concepto tan neutro y aséptico, que sí admite el foro del lugar habitual del trabajo.

con los criterios recogidos en materia de contrato de trabajo por los convenios internacionales que actúan en el espacio comunitario y en el Espacio Económico Europeo, también pueda iniciar un procedimiento en el lugar al que es desplazado o lo ha sido ¹⁰⁰.

Sin embargo, no puede decirse que se trate de un nuevo foro de competencia internacional, al no apartarse de las posibilidades interpretativas que ofrece el lugar habitual de trabajo. Si se considera que el lugar habitual del trabajo es el mercado en el que es reclutado el trabajador, deberá entenderse que dicho lugar habitual es aquel al que es desplazado por los argumentos señalados *supra*. Por tanto, la Directiva, propiamente, ha contribuido a aclarar o explicitar el sentido o la interpretación que ha de darse al criterio del lugar habitual de trabajo, pues, en estos casos, no podrá acudir-se a la regla determinada en defecto de existencia de tal lugar (lugar de establecimiento de la empresa que contrató o que empleó al trabajador).

La referencia que realiza el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE al «lugar de desplazamiento» indica, una vez más, que sus redactores partieron de la premisa de la existencia de un lugar habitual de trabajo. Sin embargo, podría haberse simplificado esta regla de competencia, haciendo alusión al lugar de realización del servicio, contribuyendo (verdaderamente) a aclarar la comprensión del foro del lugar habitual del trabajo sancionado en los convenios internacionales ¹⁰¹.

El artículo 6 de la Directiva 96/71/CE determina o concreta la regla de conformidad con la cual ha de ser interpretado el lugar de realización habitual del trabajo para los litigios relativos a las relaciones laborales de los trabajadores desplazados en el espacio comunitario. No puede decirse, por tanto, que se trate de un «nuevo» foro de competencia, pero sin duda, contribuye a aclarar el sentido de la referencia que el artículo 5, párr. 1.º del CBr. y el artículo 5, párr. 1.º del CLu. realizan al lugar habitual del trabajo.

Por tanto, principal finalidad es evitar que pueda considerarse que en los supuestos de desplazamiento (en los que no cabe apreciar la existencia de un lugar habitual de trabajo) deba acudir-se a la regla subsidiaria del lugar en el que se encuentra la empresa que ha contratado al trabajador. No obstante, el artículo 6 de la citada Directiva sí habría dado lugar a un nuevo foro de competencia, al permitir entablar «una acción judicial ante el Estado miembro en cuyo territorio haya estado

¹⁰⁰ Cfr. *inter al.*, P. JUÁREZ PÉREZ: «El desplazamiento...», *loc. cit.*, pág. 74.

¹⁰¹ Puede presentarse un problema interpretativo del criterio del lugar de prestación del servicio (y, por tanto, un conflicto positivo de competencias) cuando el trabajador desplazado tiene un lugar habitual de trabajo, distinto del lugar al que es desplazado temporalmente. En estos supuestos, podría considerarse como lugar habitual del trabajo, aquel al que ha sido trasladado, ya que, en ese momento, ocupa un lugar en dicho mercado. Si se piensa en un trabajador hipotético, hay un espacio que ocupa el trabajador desplazado en el mercado para el que es reclutado.

desplazado» el trabajador. Es preciso examinar las bondades de este nuevo foro de competencia, pues si ya puede pensarse que no va a resultar, al menos desde un plano teórico, tan fácil que el trabajador inicie un procedimiento (que puede ser largo) ante los tribunales de un Estado al que sólo son desplazados de forma temporal (por menos de 1 año, y ni siquiera un año para todas las personas, dado que el plazo ya computa cuando un trabajador sustituye a otro que ya estaba desplazado con anterioridad), aún es más difícil de imaginar el supuesto en que el trabajador litige ante los tribunales del lugar al que ha sido desplazado en un momento en que ya no se encuentra en dicho territorio.

Además, en este último caso, podría considerarse que se trata de un criterio de competencia exorbitante, si no existen más elementos que vinculen el supuesto con dichos tribunales. Puede pensarse, por ejemplo, en los casos de subcontratos o desplazamientos por ETTs, dado que es posible que el desplazamiento del trabajador haya tenido lugar de forma exclusiva para que preste los servicios a una empresa instalada en dicho Estado, pero que la ETT o la empresa que tiene contratado al trabajador no tenga ninguna otra relación con el territorio de dicho Estado.

La exorbitancia del foro sería más difícil de justificar en los casos de desplazamientos temporales en el marco de un grupo de empresas, en la medida en que la empresa madre, que tiene instalada una del mismo grupo en otro Estado, la mantiene. Por tanto, existe una vinculación mínima entre el supuesto y dichos tribunales, aunque el trabajador ya no esté desplazado en dicho territorio ¹⁰².

Parece conveniente conceder un margen de actuación al trabajador, de forma que pueda demandar al empresario en varios sitios, pero la economía procesal no aconseja que se trate del lugar en donde el trabajador realizó el servicio (lugar al que fue desplazado) sin que mantenga en dicho lugar el empresario ni el trabajador ninguna vinculación. Además, tampoco hubiera sido necesario introducir esta precisión, porque ya se hubiera realizado por vía interpretativa. Hubiera sido más razonable y coherente utilizar la vía interpretativa para precisar el sentido del foro del lugar habitual de trabajo, que ir construyendo un conjunto de excepciones, que complican las normas y contribuyen a hacer más difícil su aplicación ¹⁰³.

¹⁰² No obstante, la economía procesal no aconseja en todos los casos que se litigue ante el tribunal del Estado correspondiente al lugar al que «fue desplazado el trabajador», salvo que se trate del tribunal correspondiente a su nacionalidad o su domicilio, en cuyo caso se estaría utilizando el *forum actoris*, regla de competencia que suele considerarse exorbitante y que ha evitado siempre el Convenio de Bruselas, al menos en los litigios vinculados con el espacio comunitario.

¹⁰³ Téngase también en cuenta que la incorrecta o mala transposición de la Directiva puede hacer que no quede claro el foro de competencia en virtud del cual el trabajador puede litigar ante los tribunales españoles en los supuestos de desplazamiento.

3. Valoración de la respuesta dada por la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento de trabajadores en el ámbito de la competencia internacional.

La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores transpone de forma «irregular» el artículo 6 de la Directiva 96/71/CEE. Si bien la citada disposición podría haberse evitado a través de la realización de una interpretación flexible del concepto de lugar habitual de trabajo del artículo 5, párr. 1.º de los Convenios de Bruselas y de Lugano, tiene el mérito de poner de relieve la posibilidad de litigar ante los tribunales del lugar de prestación del servicio en los casos de desplazamiento de trabajadores.

Sin embargo, el artículo 16 de la Ley 45/1999 ha alterado de forma llamativa el sentido del artículo 6 de la Directiva por dos motivos: en primer lugar, porque la Directiva no pretendió, en ningún caso, modificar los criterios de competencia judicial previstos en las normas de origen autónomo o de origen convencional vigentes en cada Estado. Por tal motivo, no se entiende la referencia que el artículo 16 de la Ley 45/1999 realiza al artículo 25 de la LOPJ al recoger el criterio de competencia previsto en la Directiva («cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España») ¹⁰⁴.

En segundo extremo, no se comprende la referencia al artículo 5, párr. 1.º del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano, dada la existencia del Proyecto de Reglamento sobre la competencia internacional y el reconocimiento de decisiones, que va a alterar no sólo la numeración sino también (como se ha señalado) el sentido de la citada disposición. Además, la específica mención de los artículos 5, párr. 1.º de los Convenios de Bruselas y de Lugano resta importancia a la posibilidad de utilizar la sumisión expresa para determinar la competencia de los tribunales españoles en materia de contrato individual de trabajo, que tienen la consideración de foros de protección (art. 17, párr. 4.º). No hubiera hecho falta que el artículo 16 de la Ley 45/1999 hubiera hecho referencia a los convenios internacionales. Por último, en un momento de cambio legislativo, en el que el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, va a quedar sustituido por un Reglamento, hubiera sido preferible no hacer mención ninguna a los convenios internacionales, y haberse limitado a recoger el texto del artículo 6 de la Directiva 96/71/CE.

¹⁰⁴ En el artículo 25 de la LOPJ se prevé que serán competentes los tribunales españoles cuando «los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español». Si bien no cabe considerar que la exclusiva referencia al foro del lugar de prestación de los servicios (recogido en el art. 25 de la LOPJ) excluya la posibilidad de utilizar el foro del lugar de celebración del contrato de trabajo, no se comprende por qué ha de ser interpretado el sentido del término «desplazamiento del trabajador» utilizado por la Directiva de la misma forma que el foro del lugar de prestación de los servicios, recogido en el artículo 25 de la LOPJ. Tal limitación interpretativa no se justifica dada su distinta procedencia (convencional y autónoma).

Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, el trabajador podrá interponer acciones ante el tribunal correspondiente al lugar en el que presta sus servicios de forma habitual, pero también ante el tribunal correspondiente al último lugar en que hubiere desempeñado dicho trabajo habitualmente. En caso de que el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que lo hubiere empleado. Además, podrá demandar al empresario, según indica la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, en el territorio del Estado en que esté o haya estado desplazado el trabajador. Por último podrá demandar al empresario en España cuando el contrato haya sido celebrado en nuestro país, de conformidad con el artículo 25 de la LOPJ.

V. REFLEXIONES FINALES

La Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores no ha pretendido dar respuesta al fenómeno de la «movilidad» de trabajadores en el espacio comunitario en general, sino que se ha centrado exclusivamente en los desplazamientos de empleados que traen causa de la prestación de un servicio por parte de empresas establecidas en el territorio de un Estado comunitario. Si bien la Directiva 69/71 pretende solventar los «posibles» problemas que pueden producirse en ámbitos específicos (competencia desleal en los casos de subcontratación, grupos de empresas o empresas de trabajo temporal), una de las principales críticas que se le pueden realizar es que *no ha contribuido a la consecución de un «auténtico» mercado de trabajo intracomunitario*, objetivo que cabría haber esperado que satisficiera. Prueba de ello es el escaso interés que han demostrado los Estados comunitarios, que hasta la fecha no han transpuesto el contenido de la Directiva.

La Directiva 69/71 da lugar a problemas técnicos, pues es difícil de manejar, tal es el entramado de comparaciones y de valoraciones que es preciso realizar cuando hay que aplicar sus disposiciones. Además, cabe considerar que sea una fuente de conflictividad, por la disparidad de interpretaciones en torno a los conceptos utilizados por las leyes de transposición.

Otra crítica que cabe hacer al contenido de la Directiva es que está pensada para resolver los problemas de competencia económica motivados por las diferencias salariales existentes en los Estados comunitarios, pues los demás aspectos que están incluidos en su artículo 3, párr. 1.º (la igualdad en las condiciones de trabajo entre hombre y mujer, medidas de fomento del empleo, aplicación de la normativa relativa a la seguridad y salud en el trabajo, etc.) ya han encontrado, al menos en la mayor parte de los casos, respuesta específica por el legislador comunitario y, por tanto, tales previsiones ofrecen escaso interés.

Esquemáticamente, puede decirse que la Directiva tiene el principal mérito de haber dado lugar, de un lado, a la aplicación de un conjunto de normas imperativas comunitarias de la *lex loci temporalis*, para cuya aplicación no hay que acudir al artículo 7, pár. 1.º del Convenio de Roma, lo cual resulta interesante porque no siempre decide el trabajador litigar en el lugar temporal. De otro, ha convertido al salario mínimo recogido en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, en una norma imperativa comunitaria, que sólo se aplica cuando se trata de contratos de trabajadores que son desplazados temporalmente en el espacio comunitario. En tercer término, ha dado entrada en la regulación del contrato a los convenios colectivos del lugar temporal, sin que pueda considerarse que se trata de normas imperativas.

En definitiva, puede decirse que la Directiva 96/71 sólo pensó, una vez más, en el salario y buscó la fórmula para conseguir que se le pagara a los trabajadores desplazados el mismo sueldo que a los que realizan el servicio de forma habitual en el mercado en el que «no» llega a integrarse el trabajador desplazado. La situación de concurrencia en el seno de dicho mercado no ha llegado a producirse (y, por tanto, la Directiva se ha construido sobre una falacia), pero tiene la ventaja de haber clarificado la aplicación de los convenios colectivos vigentes en el lugar en donde se desempeña el trabajo.