

Libertades económicas y norma laboral: ¿Stop «dumping social»?

«Para comprender la dinámica de las desigualdades salariales hay que dar un papel a las diferentes instituciones y normativas que en todas las sociedades intervienen en el funcionamiento del mercado laboral. Más aún que los otros mercados, el de trabajo [...] es una construcción social hecha de reglas y compromisos específicos»

Thomas PIKETTY¹

1. El 15 de julio de 2014, en la sesión plenaria del Parlamento Europeo, Estrasburgo, el candidato, luego elegido presidente de la Comisión, recordaba que «"Esta vez es diferente" fue el lema del Parlamento Europeo durante la campaña electoral» y que, a fin de hacerlo realidad, demostraría con hechos, no solo con promesas, que solo «*unidos podemos* verdaderamente cambiar y renovar Europa». Ese programa tenía como referente fundamental el documento: «*Un nuevo comienzo para Europa: Mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático*». Un año después, en su discurso sobre el «Estado de la Unión Europea» reconfirmará su «voluntad» de hacer una Unión política más potente y una economía más competitiva, creando un «*mercado de trabajo justo*». El «Programa de Trabajo para 2016» de la Comisión (que lleva el sugerente título de «*No es momento de dejar las cosas como están*») persevera en la línea de conciliar crecimiento con competencia leal, capaz de evitar, además de otras fallas de equidad, las «*prácticas de dumping social*».

El «Programa de Trabajo para 2016» de la Comisión persevera en la línea de conciliar crecimiento con competencia leal

En este «volver a empezar», obsesionado con «hacer cosas distintas» se vuelve, sin embargo, a una de las más clásicas funciones de la «norma laboral», cuya finalidad protectora de los derechos de los trabajadores ha venido acompañada, desde los orígenes, de la *garantía de competencia leal* entre los actores económicos. Ahora, liberar el potencial del mercado interior en una era de plena digitalización, sin renunciar a la legislación social, se convertiría en la clave para actualizar ese nuevo desafío –en realidad es el de siempre– del «*mercado interior más justo y profundo*»,

¹ PIKETTY, T.: *El Capital en el Siglo XXI*, RBA Economía, 2015, págs. 408-409.

A fin de convencer de que no estamos ante el enésimo discurso solemne, pero vacío, sino ante un marco de acción, sumará un plan de medidas que incluye, entre otras, (1) aprovechar «los nuevos modelos de negocio de la economía colaborativa» y (2) facilitar «la prestación transfronteriza de servicios», mejorando la «movilidad laboral»

modelos de negocio de la economía colaborativa» y (2) facilitar «la prestación transfronteriza de servicios», mejorando la «movilidad laboral».

2. Pues bien, con estos mandatos directos de profundización del mercado único, acaba de lanzar la Comisión sendas iniciativas reguladoras que, pese a sus diferencias, obedecen a una «cuestión jurídico-social» análoga: las relaciones –ambivalentes– entre la norma laboral –sistema de límites al poder– y las libertades económicas –sistema de poderes de autonomía–. Esto es, ¿cómo puede aquella –norma laboral– contribuir a que estas –libertad de negocio– no deriven en modos de competencia desleal entre los actores del mercado aprovechando, de forma inequitativa e ineficiente –dumping social–, la ventaja competitiva que proporcionan las diferencias de regulación laboral según ciertas variables (modelo organizativo, *lex loci laboris*)?

La Comisión presentó su Propuesta para la Revisión de la Directiva 96/71/CE (desplazamientos temporales); el 2 de junio de 2016 hizo lo propio con la Comunicación «Una Agenda europea para la economía colaborativa»

Para dar respuesta a este interrogante común, aun en ámbitos tan diversos, si el 8 de marzo de 2016, la Comisión presentó su *Propuesta para la Revisión de la Directiva 96/71/CE* (desplazamientos temporales); el 2 de junio de 2016 hizo lo propio con la Comunicación «Una Agenda europea para la economía colaborativa». El presidente de la Comisión alabó aquella modalidad de movilidad transnacional laboral –cuando se cuestiona la libertad de circulación de personas– como fuente de dinamismo económico europeo, a condición de garantizar un uso no desleal de las diferencias de regulación laboral. Poco después, su vicepresidente identificará una nueva fuente de dinamismo competitivo en la «economía colaborativa», que augura –con exageración poética– será «*el próximo unicornio europeo* [negocios *on line* con valor de más de 1.000 millones de dólares, sin apenas inversión material]».

haciendo de esta construcción algo más que una hermosa metáfora. A fin de convencer de que no estamos ante el enésimo discurso solemne, pero vacío de contenido real –el sueño europeo de conseguir ser la economía más dinámica del mundo con el mejor modelo social jamás conocido–, sino ante un marco de acción, sumará a la Estrategia del Mercado (*Actualización del mercado único: más oportunidades para las personas y las empresas; Comunicación de la Comisión de 28 de octubre de 2015*) un plan de medidas que incluye, entre otras, (1) aprovechar «los nuevos

modelos de negocio de la economía colaborativa» y (2) facilitar «la prestación transfronteriza de servicios», mejorando la «movilidad laboral».

Respecto a la movilidad transnacional de trabajadores, se recordará que el artículo 3 de la [Directiva 96/71/CE](#) determina que, cualquiera que sea la ley aplicable a la relación de trabajo, las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores –«movilidad en el empleo» (ya se tiene), no «movilidad por el empleo» (se busca)– a otros Estados miembros deben respetar ciertas condiciones de trabajo –«*mínimo común denominador jurídico-laboral comunitario*»– del Estado de acogida, siempre que estén establecidas por normas de alcance general –leyes o convenios–. Se trataba de evitar que las persistentes diferencias de regulación jurídico-social entre Estados fuesen aprovechadas para desestabilizar los estándares de protección nacional.

Pero si esta movilidad transnacional temporal (factor locativo) permite reducir los «costes de producción» –no así, ante la conflictividad sindical que genera a menudo, los «costes de transacción»–, por las «ventajas comparativas de regulación laboral» (factor institucional), las nuevas tecnologías permiten reducir, precisamente a través de los «nuevos modelos de negocio» con base en las plataformas virtuales, los «costes de producción» y de «transacción». La combinación del factor tecnológico con el factor organizativo facilita nuevas formas de ofrecer servicios, donde las empresas no contratan trabajadores –excepto los imprescindibles–, sino que su «modelo de negocio» consiste en poner en contacto al «demandante del servicio» con el proveedor u oferente. El proveedor no será empresa sino una persona individual, por tanto autónoma, pero no necesariamente profesional. De ahí que, como para la movilidad transnacional de los trabajadores, el papel institucional –siempre imprescindible, pues no hay mercado sin reglas– debe ser «fomentar un entorno reglamentario que permita el desarrollo de los nuevos modelos de negocio...», en virtud de su «*importante contribución al crecimiento y el empleo en la UE... si se... desarrollan de forma responsable*», esto es, que consumidores, empresas y autoridades «*puedan participar con confianza en la economía colaborativa*».

La promoción de la libertad de iniciativa económica requiere, en ambos casos, respetar la función de competencia leal inherente a una adecuada regulación socio-laboral

En suma, la promoción de la libertad de iniciativa económica requiere, en ambos casos, respetar la función de competencia leal inherente a una adecuada regulación socio-laboral. Merece la pena, pues, exponer, de una forma muy sucinta, pero ilustrativa y sin perjuicio de los análisis más detenidos que se harán en

números venideros, a través de la sección Estudios, las principales orientaciones jurídicas que resultan de sendas iniciativas, cuya presentación conjunta permite una comprensión más precisa de las bondades, y también de las limitaciones, de esa tan cacareada promesa «seria» de un «*nuevo amanecer social europeo*».

3. La necesaria conciliación entre las «libertades económicas», cuya principal modalidad es la «libertad de empresa» (arts. 16 [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), 38 [Constitución Española](#) y [STCO 112/2006, de 5 de abril](#)), y la «política social» se reconoce en el artículo 3.3 del [Tratado de la Unión](#) (TUE) cuya «cláusula economía social de mercado»

asocia la mejora de la competencia con el bienestar («*economía social de mercado altamente competitiva*»). La Constitución Económica [libertades de circulación, establecimiento (arts. 49 y ss. [TFUE](#)) y prestación de servicios (arts. 56 y ss. [TFUE](#)) y la protección de la libre competencia (arts. 101 y ss. [TFUE](#))] no debe separarse de su «Constitución Social», cuyos pilares serían, a nuestros efectos, tanto una economía orientada al pleno empleo (título X [TFUE](#)) como la política social (título X [TFUE](#)). Como resume el artículo 151.1 del [TFUE](#) en relación con el artículo 3.3 del [TUE](#), la construcción del Mercado Interior debe orientarse a favor, no en contra, del imperativo de equiparación de las condiciones de vida y de trabajo «por la vía del progreso». En suma, este fin de mejora progresiva condiciona el «modelo de competitividad de la economía comunitaria», al prohibir el dumping social ([STS de 27 de enero de 2014, rec. núm. 100/2013, Grupo Cortefiel](#)).

Desde esta perspectiva, puede comprenderse que, superada una primera etapa, hasta 1986, en la que el Tribunal de Justicia se enfrentaba en contadas ocasiones a esta relación y, en la mayor parte, preservando la relativa autonomía entre lo social y lo económico, cada vez afrontara más casos de conexión entre ambas vertientes del «Mercado único». Lo que ya no resulta tan asumible, por potente que sea el Derecho Económico (libertades económicas y protección de la competencia), es que se orientará prevalentemente a sacrificar los derechos sociales en sendos altares económicos. La liquidación de los clásicos monopolios públicos de colocación ([STJCE de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, Macrotron](#)) y el favor hacia las empresas de trabajo temporal (ETT) son hitos no menores para comprender las profundas reformas liberalizadoras del Derecho Social del Empleo que recorrió toda Europa ([SSTJCE de 11 de diciembre de 1997, C-55/96, Job Centre](#) y [8 de junio de 2000, C-258/98, Carra](#)).

Ciertamente, el TJUE no siempre se prestó a esos «usos nacionales de ariete» para el cambio de modelo regulador en una dirección de refuerzo de liberalización de la competencia y de la prestación de servicios. Así, en relación con la libertad de prestación de servicios respecto de las condiciones de contratación, histórica fue la legitimación que hizo el TJUE de la potestad de los Estados de acogida de extender la protección nacional al trabajador desplazado, lo que daría origen a la regulación, cierto deficiente –primó el alma económica sobre la social–, por la [Directiva 96/71/CE \(STJCE de 25 de marzo de 1990, C-113/89, Rush Portuguesa\)](#). Igualmente, puso freno al impacto liberal del Derecho Económico en los Sistemas de Previsión Social ([SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, Albany](#) y [21 de septiembre de 2000, C-22/98](#)).

Cierto, no es un rasgo de la jurisprudencia comunitaria, a diferencia de la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*vid.* monográfico de Diálogos de junio de 2016), actuar evolutivamente, sino que suele mantenerse, por lo general, fiel a sus orígenes, sin perjuicio de ciertas modulaciones o matizaciones a raíz de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, en este ámbito pueden apreciarse importantes derivas, en una dirección –restrictiva en extremo de lo social– y otra –más favorable a lo social–. Aunque no es posible analizar aquí, ni mínimamente, este muy copioso cuerpo jurisprudencial, sí merece la pena hacer referencia, siquiera brevemente, a las más recientes, a fin de contextualizar el significado de las iniciativas objeto de referencia en este Editorial.

4. Al respecto, conviene recordar que, a día de hoy, el TJUE, fiel a la configuración de la Unión Europea como Mercado Interior, sigue primando las «libertades económicas» sobre los «derechos sociales», pese a que ambos tendrían, tras la juridicidad de la [Carta comunitaria de derechos fundamentales](#), el mismo rango [valor de Derecho Originario o Fundacional («constitucional»)]. Solo por remitirnos a algunas de las más recientes, cabría recordar:

- La [STJUE de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13](#), que, manteniéndose en la doctrina más tradicional del asunto «Viking Line» ([STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05](#)), prima la libertad de prestación de servicios de un armador establecido en Noruega –forma parte del Espacio Económico Europeo–, si bien actúa bajo «bandera o pabellón de conveniencia» de un Estado extra-comunitario, sobre el derecho a la adopción de conflictos colectivos (bloqueo sindical de la actividad portuaria a fin de presionar al armador para que negocie un convenio a favor de los tripulantes de una embarcación que efectúan transportes de mercancías entre distintos Estados). Sorprendentemente, el TJUE obvia el efecto de competencia desleal –dumping social– inherente a este «doble juego» empresarial (si el pabellón de conveniencia extra-comunitario le exonera de las obligaciones –cargas– laborales derivadas de la norma europea, la condición de empresa comunitaria le asegura el goce de las libertades económicas).
- La [STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13](#), siguiendo la doctrina Rüffert ([STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06](#)), rechaza que se pueda exigir a los subcontratistas de los licitadores el pago del salario mínimo previsto. La exigencia de la Administración municipal lesionaría el artículo 56 del [TFUE](#), que prohíbe las restricciones contrarias a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea (el subcontratista se hallaba establecido en otro Estado miembro y las prestaciones se realizaban en ese otro Estado, si bien el contratista licitador realizaba la totalidad de la adjudicación con trabajadores de la subcontratista).

No siempre esta presión que ejercen las reglas del Derecho Comunitario del Mercado sobre las de Derecho Social del Trabajo (o Profesional) las ignora por completo, aunque sí las relegue a excepción singular a justificar de forma suficiente. Entre los ejemplos más recientes:

Al respecto, conviene recordar que, a día de hoy, el TJUE, fiel a la configuración de la Unión Europea como Mercado Interior, sigue primando las «libertades económicas» sobre los «derechos sociales»

No siempre esta presión que ejercen las reglas del Derecho Comunitario del Mercado sobre las de Derecho Social del Trabajo (o Profesional) las ignora por completo, aunque sí las relegue a excepción singular a justificar de forma suficiente

- La [STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13](#), que obliga a liberar el sector de la actividad portuaria en España, no deja por completo fuera de sus razonamientos la tutela de la seguridad en el empleo, de modo que la cuestión jurídica para el legislador nacional no estaría ni en prohibir la concurrencia –opción ilegal– ni en liberalizarla del todo –opción posible–, sino en regular de una manera más equilibrada la libertad de empresa –y sus corolarios económicos– y la protección del interés general (en línea con los objetivos socio-laborales del art. 151 [TFUE](#)).
- La [STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13](#) (el monográfico de Diálogos de este número incluye un certero [comentario](#) de la misma por la profesora M. MIÑARRO), pese a que concluye que los convenios colectivos reguladores de la retribución de los trabajadores autónomos contradice el artículo 101 del [TFUE](#) (libre competencia), matiza que no se produciría tal vulneración –recuerda aquí la citada [«sentencia Albany»](#)– cuando se trate de «falsos autónomos», sin que sea legítimo identificar este concepto jurídico con la noción nacional de situaciones fraudulentas de trabajo autónomo. Otra cosa será, como reconoce el propio TJUE, que «en las circunstancias económicas actuales no siempre es fácil determinar» la diferencia. Se volverá monográficamente sobre este tema en la sección de Diálogos con la Jurisprudencia de este número, ya citado.
- La [STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, RegioPost](#), aunque sigue la línea general de la [«doctrina Rüffert»](#) muestra una cara más aperturista y «amable» con el derecho social a una retribución salarial mínima. En ella se avala, por primera vez, una norma [art. 3.1 Ley del Land de Renania-Palatinado (Alemania)] que fija un salario mínimo que todas las empresas licitadoras deben comprometerse a respetar. La ley enjuiciada –y avalada– («garantía de observación de los convenios y del salario mínimo en el marco de contratos públicos») restringe legítimamente la libertad de prestación de servicios a favor de «cláusulas sociales» de protección mínima de los trabajadores, cuya licitud y proporcionalidad deriva de ser norma de eficacia general e imperativa (apdos. 73-77). Precisamente, el carácter general de los convenios en España está en la base del aval dado a este tipo de «cláusulas sociales» (previstas en el [Convenio n.º 94 OIT](#) y en la [Directiva 2014/24/UE](#) del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que, pese a no haber sido transpuesta en España aún, tiene eficacia directa ya) por la reciente [STS, Sala 3.ª, núm. 1301/2016, de 2 de julio](#).

5. Pese a estas aperturas evolutivas de la jurisprudencia comunitaria, persiste en el TJUE una lectura rigurosa de la protección del interés general de los trabajadores, mientras que es mucho más laxa la que le permite privilegiar las libertades económicas (reglas comunitarias de mercado). Por eso, resulta especialmente saludable la referida nueva [iniciativa comunitaria de reforma de la Directiva 96/71/CE](#). Ciertamente, conviene alertar, una vez más, que no es ni la primera vez, ni será la última, que se proponga cambios en ella, pues sus constantes deficiencias, tanto en su regulación normativa como en su aplicación jurisprudencial, dan pie a uno de los tópicos más visitados

Pese a estas aperturas evolutivas de la jurisprudencia comunitaria, persiste en el TJUE una lectura rigurosa de la protección del interés general de los trabajadores, mientras que es mucho más laxa la que le permite privilegiar las libertades económicas

se sabe, resultará insuficiente también, pues se queda más acá del llamado «Reglamento Monti II» (Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de las libertades económicas). Este último incluía en el TFUE un «Protocolo sobre progreso social» para hacer prevalecer, en la ponderación de sacrificios derivada del juicio de proporcionalidad, los derechos sociales sobre las libertades económicas, al contrario de lo que sucede ahora. Hoy sigue fallida –al menos 12 parlamentos nacionales la vetaron, mediante una alerta precoz ante la Comisión, por entender que invadía competencias nacionales–.

Sin embargo, no menos verdad es que en este tiempo los problemas de abuso de esta norma para eludir la legislación socio-laboral del país de acogida, muy conocidos, se han ido agravando, por el crecimiento notable de estos desplazamientos (casi un 45 % desde 2010; 1,3 millones), si bien mantiene una extrema concentración tanto por sectores económicos como en países de «salida» y de «acogida», de un lado; y por la intensificación de las diferencias entre países de la Unión Europea, en virtud del proceso de ampliación hacia la «Europa del Este», de otro. La gran capacidad de la Comisión Europea –COM 2016 de 8 de marzo de 2016– para catalogar esta serie recurrente de problemas –dumping social, incertidumbres reguladoras, mayor conflictividad– contrasta con su notable incapacidad para resolverlos, agravada por el notable inmovilismo de la referida jurisprudencia («caso Laval»). Esta solo en tiempos muy recientes parece abrirse un poco, evidenciando una tímida inflexión en el modelo de competencia basado únicamente en el coste salarial y en la libre elección del empresario que desplaza a los trabajadores (STJUE de 12 de febrero de 2015, C-396/13, *Sähköalojen*), como destacó la Confederación Sindical Europea.

Nuevas soluciones a viejos problemas urgen, pues. Por eso, la propuesta pretende corregirlos sobre la base de un principio del Derecho Social de la Unión Europea nuevo: «el principio de misma remuneración por el mismo trabajo realizado en un mismo lugar»

críticamente por la doctrina laboralista de toda la Unión Europea. Buena prueba de esta inestabilidad es que antes de finalizar el plazo de trasposición –18 de junio de 2016– de la misma –Directiva 2014/67/UE («Directiva de aplicación»)–, conocida más por sus omisiones que por su mejora de la técnica de control de efectividad del cumplimiento de la Directiva 96/71/CE (modificó el Reglamento UE núm. 1024/2012), se propone una nueva que,

Nuevas soluciones a viejos problemas, urgen, pues. Por eso, la propuesta pretende corregirlos sobre la base, no tanto de parches parciales, sino de la afirmación de un principio del Derecho Social de la Unión Europea nuevo: «el principio de misma remuneración por el mismo trabajo realizado en un mismo lugar». El principio revela la cuestión principal: la brecha salarial. En este sen-

tido, se imputa a la regulación originaria misma la existencia de una desigualdad de trato entre las empresas que trasladan trabajadores y las locales, que llega a cuantificar, con diferencias distintas según los países de acogida –entre un 10 y un 15 % en el sector de la construcción en Dinamarca, entre un 25 y un 35 % en el sector de la construcción en Bélgica o incluso un 50 % en el sector del transporte en Bélgica–. A partir de ahí, la nueva directiva pretende, por una parte, clarificar qué conceptos retributivos entran dentro del concepto de «salario mínimo» a efectos de la [Directiva 96/71/CE](#) y cuáles no, exigiendo, en todo caso, criterios de transparencia y carácter vinculante –garantía de correcto funcionamiento del mercado de trabajo por asegurar condiciones iguales y previsibles para todos los competidores–; por otra, diferenciar «*los desplazamientos reales*» de los «*abusos y elusiones*» (art. 4 Directiva).

Frente a la pretensión del modelo originario orientado a garantizar un «*nivel común de juego protector*», basado en el estándar del «*mínimo común denominador* de protección», ahora se pretendería un nuevo enfoque de aquel basado en el «*máximo común denominador* de protección». Por eso, frente a la técnica de la selección no solo de condiciones de trabajo mínimas sino incluso de aspectos de las mismas –«cuantía mínima salarial»–, se opta ahora por la técnica de la equivalencia salarial entre trabajadores desplazados y «locales» («trabajadores habitualmente empleados en el centro»), neutralizando, al menos como línea de política social del Derecho económico de la Competencia, el recurso a la diferencia salarial –y en general de las condiciones de trabajo– como factor para la mejora de la posición competitiva de mercado. Otras novedades aparecen, entre otras: en el artículo 2 (incorpora la delimitación máxima de la duración temporal: 24 meses, como en el Reglamento de Coordinación) y 3 (amplía la aplicabilidad de los convenios colectivos o laudos arbitrales de eficacia general a todos los sectores; incluye la posibilidad de que los Estados miembros decidan obligar a las empresas a subcontratar únicamente con entidades que garanticen ciertas condiciones de remuneración a los trabajadores, incluyendo las derivadas de convenios colectivos que no tienen aplicabilidad *erga omnes* (cláusulas sociales de la contratación); una previsión específica relativa a las ETT que desplacen trabajadores... Si bien es habitual en la doctrina concluir que ningún cambio legal en esta materia jurídico-social aporta realmente nada sustancialmente nuevo a la resolución de los problemas más graves que se suscitan, crítica predicable de esta propuesta, no sería ni justo ni correcto infravalorarla, pues sí contiene soluciones novedosas y útiles.

6. Muestra de que ahora sí hay innovación, sin perjuicio de las insuficiencias constantes, es la controversia político-social intensa que se ha generado, a diferencia de la «Directiva de aplicación». Si el Parlamento Europeo es partidario de dotar la reforma de mayor base jurídico-social [[Resolución 2015/2255 \(INI\)](#), de 7 de enero de 2015, [relativa al Dumping Social en la Unión Europea](#); también pide excluir de su ámbito las ETT], y la Confederación Europea de Sindicatos –CES; o ETUC, en inglés– la considera un paso positivo, sin perjuicio de las [críticas](#) por defecto de procedimiento e insuficiencia de reglas, la patronal europea y un buen número de Estados miembros la critican intensamente. Ambos coinciden en un eventual exceso de regulación (iría más lejos de lo necesario para evitar usos desleales).

Desde esta perspectiva crítica, lo más destacable es la brecha creada entre los Estados, partidos prácticamente en dos bloques, con lo que refleja como pocas otras materias la gran división que hoy asola el «proyecto Europeo», muy por encima del

Brexit, incluso como trataré de explicar en el Editorial de noviembre. De un lado, los llamados países de la «vieja Europa» (Alemania, Austria, Francia, Bélgica, Suecia, Luxemburgo, Países Bajos), han evidenciado su favor a la necesidad de una reforma de la [Directiva 96/71/CE](#) bajo ese nuevo enfoque de garantías basado en el reconocimiento del principio de igualdad de remuneración para igual trabajo en igual lugar. De otro, los países de la ampliación, la «nueva Europa» (Polonia, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Rumanía, Bulgaria, Chequia), se han manifestado en contra, sea por razones de procedimiento –no tendría sentido una reforma nueva cuando no ha terminado el plazo de transposición de la anterior– sea de fondo –el principio de igualdad de trato encubre un acuerdo de los países más desarrollados de la Unión Europea para frenar la capacidad competitiva de los menos desarrollados, vulnerando un factor de ventaja competitiva–.

Esta fuerte tensión hace dudar de la suerte de esta reforma. La contestación patronal añade una extremada dosis de incertidumbre sobre la misma. A la patronal europea no solo le resulta prematura, sino contraproducente, porque corre riesgo de reducir los desplazamientos transnacionales, perjudicando la competitividad y el dinamismo del Mercado único, y, dice, mantendrá, incluso incrementará, la inseguridad jurídica sobre buena parte de los conceptos fundamentales, razonablemente aclarados por el TJUE –a su juicio, claro–, con un alto precio: el de interferir en la fijación autónoma de los salarios por los sujetos sociales. Curiosamente, tampoco la CES –o ETUC– parece del todo satisfecha con la misma, pues [junto a las razones críticas anteriores, añade la reprobación por injerencia en la autonomía colectiva](#). No obstante, es la única que apoya la iniciativa legislativa comunitaria en esta materia.

Pero, al margen de todo ello, ¿es creíble? No deja de ser llamativo que la misma Comisión que pretende dirigir sus dardos reguladores contra la segmentación salarial sufrida por apenas un 1 % de la población laboral europea, bajo la potente bandera de la lucha contra la competencia desleal, sea la misma que, ahora a través de las pretorianas «*Recomendaciones por País*», siga presionando a los Estados miembros –mayor cuanto más deudores son, otra vía de diferencia en el seno de la cada vez más partida «Europa de los mercaderes»– para que, en cambio, reduzcan de forma generalizada los salarios como estrategia competitiva. Para ello, obliga a reformas laborales draconianas, que generalizan la precariedad, también haciendo que cada vez el convenio colectivo –sobre todo sectorial– tenga una fuerza menos general –primacía de los convenios de empresa–. Algo evidente en España y en el resto de los países del sur de Europa, pero a juzgar por las reformas en Francia en sentido análogo, parece que esa «frontera sur» cada vez mira más «al norte», perdiéndolo de referencia.

Lo más destacable es la brecha creada entre los Estados, partidos prácticamente en dos bloques

Esta fuerte tensión hace dudar de la suerte de esta reforma

7. Por supuesto, no menor está resultando la pugna por cómo afrontar los, pretendidos o reales, «nuevos modelos de negocio» posibilitados por las tecnologías de la información y la comunicación, facilitadoras de una notable disminución de los «costes de transacción», así como de los de producción. Me refiero ahora

a todos aquellos agrupados en torno a la citada «economía colaborativa» y su uso intensivo de las nuevas plataformas informáticas móviles que están «revolucionando» la forma de organizar la prestación de ciertos servicios. Aunque, en realidad, no estaríamos sino ante una enésima intensificación de los conocidos procesos de descentralización productiva, que desplazaría, real o aparentemente, se insiste, la prestación de servicios interna (jerarquía de poder y estructuras organizativas), a formas de mercado externo (contratos, civiles o mercantiles), para competir en sus mercados de referencia, hasta crear redes de producción cada vez más dispersas y des-localizadas. Los potenciales nuevos negocios de este tipo, en especial del sector terciario, son casi infinitos. Actualmente, a modo de ejemplo, se puede nombrar no solo a la más conocida, y prototípica, y más conflictiva, *Uber* –para transporte de pasajeros–, sino también *Sandeman* –para guías turísticos–; *FlyCleaners* –lavandería personal–, *Myfixpert* –reparación de aparatos electrónicos–; *Cheffy* –cocinero a domicilio–; *Helpling* –limpieza del hogar–, o *Sharing Academy* –profesores particulares–.

Paradójicamente, pretendidas nuevas formas de negocio tan nuevas nos remontan a las cuestiones jurídico-laborales más «viejas», más bien clásicas, como es la propia calificación del vínculo jurídico creado entre sus tres actores protagonistas (moderna relación triangular, en vez de la relación bilateral contractual clásica). La «economía de plataformas» –expresión más correcta, a mi juicio, que la de «economía de colaboración», como se ha evidenciado a través de varios estudios de la CES– implica a tres categorías²: proveedores de servicios, que intercambian bienes, recursos, tiempo o habilidades; particulares que prestan servicios de forma ocasional («pares») o cualificados («proveedores de servicios profesionales»); usuarios e intermediarios que conectan –mediante plataforma en línea– proveedores y usuarios.

No menor está resultando la pugna por cómo afrontar los, pretendidos o reales, «nuevos modelos de negocio» posibilitados por las tecnologías de la información y la comunicación

Paradójicamente, pretendidas nuevas formas de negocio tan nuevas, nos remontan a las cuestiones jurídico-laborales más «viejas», más bien clásicas, como es la propia calificación del vínculo jurídico creado entre sus tres actores protagonistas

² <https://adriantodoli.com/2015/12/22/el-impacto-de-la-uber-economy-en-las-relaciones-laborales-los-efectos-de-las-plataformas-virtuales-en-el-contrato-de-trabajo-2/>

No deja de sorprender que después de ser suspendida cautelarmente en España, Uber relance su servicio con la aplicación «UberX»

buido— por el «trabajo voluntario» –gratuito–; luego se dijo que lo que realmente desaparecería sería el «trabajo subordinado», desplazado por completo por el «trabajo autónomo»; asimismo se dice que este tipo de relaciones triangulares desfasarían a otras formas de gestión indirecta, como las ETT, e incluso nuevas formas de trabajo autónomo dependiente, como los «TRA(u) DE»... Después, a medida que se ha ido conociendo su funcionamiento y multiplicado los conflictos por elusión de normas, se ha puesto el acento en diferenciar «lo verdaderamente innovador» de lo «falso». No deja de sorprender que después de ser suspendida cautelarmente en España, Uber relance su servicio con la aplicación «UberX», siendo la principal diferencia que la «app» será para «profesionales o autónomos con licencia», no para «particulares» («trabajo gratuito» o permuta de servicios colaborativos). De esta forma, el modelo sí sería legal y «Uber X» –curiosa esa grafía con la «X» (de incógnita y misterio, como los «Expedientes X»...) –, [podría operar «sin problema» en España](#), al igual que ya lo hace en Londres o París.

Pero, ¿de verdad que se acabaron los problemas? La citada Comunicación de la Comisión no piensa lo mismo

Como una gran oportunidad de innovación, se detenga en el problema de la calificación jurídica del vínculo generado: «*trabajadores independientes y asalariados en la economía de plataforma colaborativa*».

Tampoco aquí podemos detenernos en el detalle del análisis, ni de este nuevo modelo de organización de la prestación de servicios ni en la Comunicación que alienta su regulación, a lo que dedicaremos próximos Estudios, como se ha anticipado. Pero sí será oportuno dejar la debida constancia de lo necesario de «unas normas mínimas a escala de la Unión Europea»: «la relación de subordinación a la plataforma –o control por esta–, la naturaleza del trabajo o la remuneración». Es muy interesante el presupuesto base de esta propuesta, que no es otra que la consolidada jurisprudencia comunitaria en la materia –otra similitud con el tema de la movilidad transnacional referida–, según la cual «*la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo a la Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador... si su independencia es solo ficticia...*» (SSTJUE de [14 de octubre de 2010, asunto C-428/09](#) y [11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09](#)). De ahí la prohibición de interpretación restrictiva (*vid.* Comunicación de la Comisión Europea, de 13 de julio de 2010, que lleva por título «[Reafirmación de la libre cir-](#)

En este contexto, y dentro de recurrentes enfoques «milenaristas» –fin de la historia–, se han predicado potencialidades absolutamente revolucionarias del modelo jurídico-laboral a día de hoy conocido (primero se auguraba la desaparición del «trabajo mercantil» –retri-

Pero, ¿de verdad que se acabaron los problemas? La citada Comunicación de la Comisión no piensa lo mismo. De ahí que, ante el crecimiento de este tipo de empresas y de las [estrategias para hacer frente a su extremado éxito](#), y pese a valorar estas nuevas formas de negocio

culación de trabajadores: derechos y avances importantes»). En consecuencia, sería indiferente la duración del servicio, su frecuencia, la cuantía del salario y la productividad (SSTJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-316/13 –persona con discapacidad con reducida productividad pero insertada en la empresa con fin ocupacional– y 9 de julio de 2015, asunto C-229/14 –trabajador en prácticas que no recibe salario sino una ayuda económica–).

En el documento complementario técnico que acompaña a la Comunicación se explica la dimensión nacional de este «estatuto regulador», sin que haya «una única aproximación a cómo regular el estatus de empleo de la economía colaborativa en los Estados miembros» –principio de diversidad–. En todo caso, aunque no es una regulación compromisorio, sí que deja bien a las claras su favor hacia el establecimiento de marcos normativos laborales –y fiscales– más flexibles, proponiendo no la desregulación propiamente sino la flexibilidad del marco regulador, atendiendo al principio de libertad de iniciativa económica que genera y, por lo tanto, la presión a la baja de los «precios» de los productos y servicios que debiera generar, aunque sea a costa de una cierta incertidumbre y «competencia desleal», por la presión a la baja que se genera en los costes laborales «normales» o habituales. De este modo, si bien queda claro que la Comunicación quiere poner en la Agenda europea «la economía (capitalista) de las plataformas informáticas de colaboración», proporcionando certeza en el conocimiento de las reglas existentes por igual para todos los competidores, no cabe duda de que, al mismo tiempo, crea nuevos espacios de conflicto, en la medida en que no la presenta como neutral, sino como valiosa «nueva» fuente de flexibilidad laboral. Por lo que se complicará el problema clásico de diferenciar «lo innovador» de lo que no es sino «nueva –y sutil– forma de fraude». Por su centralidad, dedicamos a ello la monografía de Diálogos con la Jurisprudencia de este número.

8. Aquí solo queda corroborar cómo, pese a los cambios –en lo que de real tienen y en lo pretendido solo– del modelo de relaciones laborales de cada tiempo, predicándose no solo nuevas normas sino también nuevas funciones de ellas en la conformación del mercado de trabajo y de la libertad de empresa, siempre reaparece la función más clásica de la norma socio-laboral: optimizar la función protectora de los derechos de los trabajadores al servicio de una competencia leal en los diversos sectores económicos, de modo que propicie un modelo de competitividad basado en la innovación y la igualdad de todos los competidores³. Por eso, a la espera de cómo vaya a reaccionar España, cuando tenga Gobierno, ante sendas «orientaciones» de la Comisión, que han recibido una valoración diferente desde medios de índole empresarial, positiva una –economía colaborativa–, crítica otra –movilidad–, parece imperiosa la necesidad de contar con un marco de regulación laboral y de protección social adecuado, no solo

**Parafraseando a un poeta español
podría decirse que no corren buenos
tiempos para la Europa Social**

³ Para una desmitificación de la economía colaborativa como alternativa estructural al capitalismo, *vid.* <https://www.socialeurope.eu/2016/07/sharing-economy-not-shaping-employment-platform-capitalism/>

por razones de justicia social, sino de competencia leal. Por cierto, como siempre, desde que surgiera potente la norma social del trabajo y su función ambivalente de transacción equilibrada entre opuestos, una idea que, en un tiempo tan polarizado, aquí nunca nos cansaremos de repetir, por el bien (común) de todos. *Nihil novum...*

Por supuesto, como esa conocida frase de un mediocre y ripioso poeta decimonónico español, «en este mundo traidor (e injusto, añadiría yo), nada es verdad ni mentira, todo es según el color del cristal con que se mire» («Ley Campoamor»), metáfora máxima del extremo, para mí poco deseable, relativismo, la realidad actual ofrece razones para convencerse de una visión –el impertertable primado de las libertades económicas– y la otra –la inexorable vitalidad de los derechos sociales y su función de garantía frente a la competencia desleal–. No cabe duda de que, parafraseando a otro poeta español, más reciente y mejor, L. GARCÍA MONTERO, bien podría decirse que no corren buenos tiempos para la Europa Social, en decadencia o franca devaluación –él era todavía más contundente para la poesía (*Balada en la muerte de la Poesía*, 2016)–. La [STJUE de 14 de junio de 2016, C-308/14](#) –con la que se entablará un diálogo crítico en el número de octubre, a cargo del magistrado Carlos Preciado– así lo evidenciaría. Una política del derecho comunitario del

Una política del derecho comunitario del mercado que asimila los estándares laborales a puras barreras regulatorias se convierte en nueva jurisprudencia comunitaria antisocial

mercado que asimila los estándares laborales a puras barreras regulatorias al libre desarrollo económico que alcanzaría su paroxismo si, como puede ocurrir con alta probabilidad, se convierten en nueva jurisprudencia comunitaria antisocial las actuales [conclusiones del Abogado General del TJUE de 9 de junio de 2016](#):

«... en tiempos de crisis, es muy importante reducir todos los factores que disuaden a las nuevas empresas de invertir, pues la eficiencia económica puede contribuir a estimular la creación de empleo y el crecimiento económico. Deduzco que esa es la razón por la que Grecia, como condición para obtener la ayuda financiera facilitada por el Mecanismo Propio Europeo de Estabilidad, aceptó "efectuar revisiones rigurosas y modernizar la negociación colectiva... y el despido colectivo... Sobre la base de tales revisiones, las políticas del mercado laboral deben ajustarse a las mejores prácticas internacionales y europeas y no implicar el regreso a planteamientos políticos pasados incompatibles con el objetivo de promover un crecimiento sostenible e integrador"».

De ello concluye:

«... considero que el artículo 49 TFUE, interpretado a la luz del artículo 16 de la Carta, se opone a una disposición como la norma controvertida [ley griega que exige la autorización de la Administración para despedir colectivamente]. El hecho de que el Estado interesado pudiera estar atravesando una grave crisis económica, acompañada de unas tasas de desempleo muy elevadas, no incide en modo alguno en esa conclusión».

¿Ante esta crudeza social cabe seguir confiando en que las promesas de la Comisión no sean solo eso, promesas, y haya algo de realidad en ese «nuevo amanecer social»?

Cristóbal Molina Navarrete
Director