

LIMITACIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA, DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LOS EMPRESARIOS QUE DESPLAZAN TRABAJADORES A OTRO ESTADO MIEMBRO

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

EL origen histórico de la Unión Europea está en un mercado común europeo que, sobrepasando su limitada función económica, ha devenido en una entidad política diferenciada de los Estados que inicialmente lo componían. El manifiesto protagonismo de la Unión Europea frente al de los Estados miembros, propiciado por el puro devenir histórico y la globalización imperante, tiende a «provincializar» a aquellos Estados miembros convirtiendo a la Unión Europea en la única entidad política dotada de soberanía en Europa* y, consecuentemente, a que exista un mercado también único, y no solo común, en el espacio europeo. Ese mercado único ha de ser regulado y ordenado por aquella entidad política conforme a los fundamentos jurídico-políticos de Europa y al modelo del sistema de economía (social) de mercado, que pivotan sobre los principios de libertad e igualdad (democracia política y democracia económica). La regulación uniforme de los requisitos de funcionamiento de los agentes económicos en ese mercado único, que se nuclea en torno a una competencia efectiva y leal, se ha logrado en sus aspectos más relevantes (prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, limitación de las ayudas estatales, control de las

.../...

* El haberse procurado dotar de una Constitución constituye el paso sin duda más relevante y significativo al respecto. El proyecto de Constitución Europea, malgrado por circunstancias por completo ajenas a la misma y a su significado político, sin duda es únicamente un momento más en ese proceso de consolidación definitiva de la Unión Europea como única entidad política dotada de soberanía en el espacio europeo (que sería deseable que cambiase de denominación, lo que probablemente sucederá, pasándose a denominar «Europa»), que llegará a dotarse de una Constitución (el Tratado de Lisboa no es más que un paréntesis) sino igual, necesariamente muy semejante a ese texto que ha quedado relegado (y que permanece en una curiosa situación jurídico-política, al tratarse de un Tratado internacional, que ha sido suscrito y ratificado por las instituciones nacionales competentes de la mayoría de los Estados miembros). En todo caso ha de considerarse que en Europa sí existe un conjunto de normas, compuestas por el conocido como «derecho originario europeo» que, encabezadas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, realizan una función materialmente constitucional (conformando una especie de «Constitución virtual»).

.../...

concentraciones económicas, etc.), pero quedan todavía materias en las que aún no se ha logrado la plena uniformidad reguladora de ese mercado, generándose ineficiencias económicas (costes de transacción), no siendo de menor importancia las divergencias existentes entre los sistemas laborales de los Estados miembros, cuya regulación uniforme, para todo el espacio europeo, es aún deficiente, habiéndose procurado hasta la fecha fundamentalmente mediante instrumentos jurídicos de armonización (directivas) y no de unificación (reglamentos) legislativa. Es urgente para Europa, en esta época que nos ha tocado vivir de universalización en todos los órdenes de la vida, y singularmente en el económico, eliminar esos costes de transacción laborales (así como los derivados de otras disparidades, por ejemplo, de sistemas fiscales y de protección social, subsistentes) que lastran el desarrollo y el bienestar de los europeos, lo que ha de lograrse naturalmente sin mácula del sistema propio del estado social de derecho en que se constituye la Unión Europea, esto es, atendiendo al sistema de economía social de mercado.

Palabras clave: libre prestación de servicios, competencia, desplazamiento de trabajadores, orden público, salarios, salario mínimo, salario base, adecuación automática al coste de la vida, convenios colectivos y protección social.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La libre prestación de servicios en el Derecho comunitario como manifestación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, y su relación con otras libertades fundamentales comunitarias.
- III. Régimen de la libre prestación de servicios en la Unión Europea.
 1. La libre prestación de servicios en el Derecho originario europeo. El contenido del artículo 49 de la CE y su desarrollo por la jurisprudencia comunitaria.
 2. La regulación de la libre prestación de servicios en el Derecho derivado comunitario. La Directiva 2006/123/CE.
- IV. Régimen comunitario del desplazamiento de trabajadores, en el marco de una prestación de servicios, a otro Estado miembro.
- V. La imposición de condiciones laborales distintas de las dimanantes de la Directiva 96/71/CE, por razones de «orden público». El concepto de orden público.
- VI. Obstaculización de la libre prestación de servicios y distorsiones de la competencia, derivados de la imposición de especiales deberes y obligaciones laborales, por la legislación del país de desplazamiento, a los empresarios que desplazan trabajadores en la Unión Europea. Consideraciones generales.
- VII. La cuestión de las posibles distorsiones a la competencia y limitaciones a la libre prestación de servicios, derivadas de la imposición de la adaptación automática del salario de los trabajadores desplazados a la variación del coste de la vida.
- VIII. Limitaciones a la libre prestación de servicios y alteraciones de la competencia, causadas por la exigencia del derecho nacional al que se desplazan los trabajadores, de que su relación laboral conste en un contrato de trabajo por escrito o mediante un documento equivalente.

- IX. Barreras a la libre prestación de servicios y a la libre competencia, originadas por la obligación impuesta a los empresarios que desplazan trabajadores a otro Estado miembro, en el marco de una prestación transnacional de servicios, de sujetarse a las disposiciones nacionales vigentes en el país de desplazamiento, referidas al trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado.
- X. Efectos disuasorios de la libre prestación de servicios y perturbaciones de la competencia, consecuencia del establecimiento de concretas cargas administrativas y del deber de designar un mandatario *ad hoc* en el país de desplazamiento, a efectos de comprobar el cumplimiento por los prestadores que desplazan trabajadores a ese Estado miembro, de sus deberes y obligaciones laborales.
- XI. Ineficiencias («costes de transacción») y efectos contrarios al libre mercado (obstaculización de la libre prestación de servicios y distorsiones de la competencia), derivados de la dispersión de la normativa laboral en la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de economía de mercado exige la libre prestación de servicios de los operadores económicos, pero a su vez estos solamente pueden prestar libremente servicios si su actividad se desarrolla en un sistema de economía de mercado. Esto es economía de mercado y libre prestación de servicios son coimplicantes.

El mercado existe desde épocas remotas ¹, pero el sistema de economía de mercado, de libre mercado ² o sistema capitalista ³, es de reciente aparición, en términos históricos. Su fundamentación

¹ Indican McNEILL, J. R. y McNEILL, William H., *La redes humanas. Una historia global del mundo*, E. Crítica, Barcelona 2004, págs. 76-78, que «la introducción de la moneda, inicialmente por parte del rey Cresos de Lidia (quien reinó hacia 560-546 a. e. v.) en lo que es hoy el oeste de Turquía, creó un signo de valor fácilmente reconocible que contribuyó al fomento del comercio. Las primeras monedas eran de oro (...) las ciudades griegas pronto empezaron a usar metal de baja ley para acuñar monedas de menor valor con el fin de utilizarlas en las transacciones cotidianas en el mercado. De este modo se liberó a los ciudadanos de la incomodidad del trueque (...). En realidad ciertos patrones de valor venían usándose desde la época de los sumerios o incluso antes (...) las monedas que llevaban la marca distintiva de una ceca oficial, eran pequeñas y portátiles, fáciles de ocultar y difíciles de adulterar sin cambiar su aspecto. Así pues, al facilitar la tarea de asignar un valor monetario exacto a todo lo que se ofrecía en venta, simplificaron, aceleraron y ampliaron el comercio al por menor y al por mayor (...). La especialización artesanal y agrícola se intensificó, y las ciudades griegas pasaron a ser centros de intercambio comercial al por mayor y al por menor entre ciudadanos corrientes, extranjeros residentes y a veces esclavos». Más adelante, en págs. 134-135, bajo el título de «como China se convirtió en la primera sociedad de mercado», indican que «detrás del avance de China hacia la modernidad después del año 1000 había un largo aprendizaje. Desde tiempos remotos el país había importado útiles del oeste de Asia: la semana de siete días, el trigo, los carros de guerra y las tácticas de caballería (...). Los monasterios budistas dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas, y, en medida no menor, del comportamiento de mercado. Después de todo, los monasterios eran empresas económicas además de religiosas (...). La aceptación del comportamiento de mercado surtió efectos (...) importantes. Comprar y vender pasó a ser una actividad más frecuente cuando la moneda china (completada pronto por papel moneda hábilmente administrado) empezó a lubricar el comercio».

² Nuestra Constitución de 1978 establece en su artículo 38 que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

³ Indica GALBRAITH, J. K., *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, E. Crítica, Barcelona 2004, pág. 18, que «el término "capitalismo" se encuentra en declive (...). La denominación destinada a sustituirlo es "sistema de mercado", una expresión respetable que cuenta con el respaldo de economistas, portavoces empresariales, políticos prudentes y periodistas. La palabra "capitalismo", aunque no muy a menudo, todavía es pronunciada por los perspicaces y expresivos defensores del sistema» y, más adelante, en pág. 24, que «hablar de sistema de mercado, (...) carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente»; ya SISMONDI J.-C. L. destacó la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros. Las críticas sistemáticas derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas. El socialismo utópico de SAINT-SIMON C.H., FOURIER, Ch., OWEN R., el socialismo de transición de BLANC L., PROUDHON, P., LASSALLE, F., FUERBACH, L., del «cartismo» inglés, y especialmente, del «socialismo científico» de MARX, K. (cuya doctrina va a influir decisivamente en la marcha de la historia del mundo, con nueva interpretación de la historia universal). Las reacciones más contundentes ante la terrible situación de los obreros van a venir, de una parte por la Revolución Francesa de 1848 y la Comuna de París de 1871, y de otra por la obra MARX, K., ya citada, cuya doctrina del materialismo histórico ha sido objeto de una agitada controversia revisionista, con radicalizaciones extremas (leninismo, estalinismo, maoísmo, marxismos-leninismos del sureste asiático, etc.), no influyendo en su trascendencia e influencia mundial, su abandono (más teórico que real) por los partidos socialdemócratas occidentales. Sobre el movimiento obrero *vid.* DOLLEANS, E., *Historia del movimiento obrero* (T. I, II y III), Zero S.A., Madrid 1969.

teórica surgió de un grupo de economistas de finales del XVII y principios del XVIII que, encabezados por A. SMITH⁴, conformaron un cuerpo doctrinal conocido como «economía clásica»⁵, y que construyeron un conjunto de teorías que sirvieron para dotar ese sistema económico de una extraordinaria eficacia en la creación de riqueza.

No obstante su finalmente contrastada utilidad y eficacia, aquel sistema de economía de mercado, tanto en su desarrollo práctico como en su construcción teórica ha sufrido duros embates⁶, por la explotación y el abuso que, en términos relativos, supuso para una parte significativa de la población y que acabaron siendo sentidos como manifiestas injusticias⁷. Ese sistema de economía de mercado (sistema capitalista) surgió al socaire de la Revolución Industrial que si por una parte supuso un desarrollo extraordinario de la economía en general⁸, reconocido por sus más severo e ilustrado detractor (MARX, K.), afianzó la fe en la «razón»⁹ y determinó¹⁰ que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas por los mercaderes para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de la materia prima que era enviada a los talleres domésticos, para su elaboración, y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia que prestaban el trabajo, se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y fac-

⁴ Bien que como precisa GALBRAITH, J. K., «Historia de la Economía», Ariel, Barcelona 1991 (5.ª edición), pág. 70 «la figura de SMITH presenta un problema de ubicación en el tiempo».

⁵ Vid. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Miguel A., «Evolución del pensamiento económico», Espasa-Calpe, Madrid 1983, págs. 51 y ss.; «El centro de atención de la ciencia económica durante el siglo pasado, virtualmente en todo el mundo, fue lo que se consideraba –y hasta cierto punto se sigue considerando todavía– como el principal conjunto de problemas de la disciplina, a saber, la determinación de los precios, salarios, intereses y beneficios», indica GALBRAITH, J. K., *op. cit. (Historia de la Economía)*, pág. 117.

⁶ Incluso desde posturas políticas liberales y capitalistas. Así recientemente BOGLE, J. C., *La batalla por el alma del capitalismo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2007, que indica, en págs. 36-37, lo siguiente: «En los últimos años del siglo XX, nuestros valores empresariales se han erosionado de un modo considerable (...). Observo una economía demasiado centrada en los "ricos" y no centrada lo suficiente en los "pobres", que no está asignando recursos de nuestra nación donde más se necesitan, es decir, para resolver los problemas de la pobreza y para proporcionar una educación de calidad para todos. También observo nuestro turbador despilfarro de los recursos naturales del mundo como si fueran nuestros para desperdiciarlos en lugar de para preservarlos como un bien sagrado para las generaciones futuras, y observo un sistema político corrompido por una asombrosa inyección de dinero que, seamos claros, nunca procede de ciudadanos desinteresados que no esperan obtener algo a cambio de su "inversión" (...). A comienzos de este nuevo milenio, América tiene su propio "pan" y sus propios "circos". Como es lógico no son los mismos que los de la antigua Roma, pero los tiene»; naturalmente los embates más notables han venido inicialmente desde las posiciones precursoras, y posteriores movimientos y doctrinas «socialistas» ya indicadas. Sobre el movimiento obrero vid. DOLLEANS, E., *Historia del movimiento obrero* (T. I, II y III), Zero S.A., Madrid 1969.

⁷ Acerca de la prestación del trabajo a lo largo de la historia, especialmente durante el período consecuente a la Revolución industrial vid. ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 1995. Una perspectiva general e ilustrativa sobre «las desastrosas condiciones de trabajo y su repercusión en la población obrera», durante la Revolución Industrial, puede verse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Seguridad e Higiene en el Trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Consejo Económico y Social, Madrid 1997, págs. 47-60.

⁸ Se afirma por GALBRAITH, J. K., *op. cit. (Historia de la Economía)*, pág. 87, que «con Adam SMITH el pensamiento económico registró el mayor de sus progresos».

⁹ Efectivamente la Revolución Industrial afianzó otra consecuencia consustancial a la ideología subyacente a los fenómenos revolucionarios burgueses (la «ilustración», la filosofía de «las luces»), consistente en una confianza ilimitada en que el desarrollo técnico consecuente al mejoramiento de los métodos de pensamiento racional («la edad de la razón»), y su colorario el conocimiento científico, generaría un mejoramiento, evolución o progreso indefinido del bienestar general.

¹⁰ Vid. GALBRAITH, J. K., *op. cit. (Historia de la Economía)*, págs. 110-111.

torías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido.

Aquel fenómeno socioeconómico se caracterizó por la aparición de empresas de notables dimensiones (comparadas con las unidades de producción de épocas anteriores), y por la introducción de la división sistemática del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permitieron la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización de los trabajadores en cada una de las tareas que lo componían. La manufactura se especializó y la factoría floreció. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se lograron mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas («formidable invento» y «máquina jurídica», sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo ¹¹).

El sistema de «economía de mercado» o «capitalismo» «nace de un matrimonio entre dos invenciones: la máquina de vapor, que permite trabajar a muchos hombres juntos alrededor de una sola fuente de energía, y la sociedad anónima, que es una invención financiera, primer medio de asociar a muchos capitalistas juntos para un mismo proyecto. Entonces el capitalismo toma un desarrollo arrasador porque es formidablemente eficaz» ¹².

La generalización del trabajo libre, asalariado y por cuenta ajena, así como una extraordinaria creación de empleo son consecuencias asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico exponencial que se funda en la capacidad creativa humana. El surgimiento del sistema de «economía de mercado» o «capitalismo» si bien produjo la desaparición de las formas tradicionales de trabajo y las migraciones a las ciudades, también determinó la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, conllevando inicialmente también la existencia de grandes excedentes de mano de obra posteriormente compensados con un espectacular incremento de las posibilidades de trabajo.

Las grandes masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y en Escocia sufren inicialmente las consecuencias más adversas del proceso de desarrollo económico espectacular que se inició con la Revolución Industrial, jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc., aquellos trabajadores además se encontraban en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecían de capacidad de reacción contra tan insoportables condiciones de trabajo y existencia.

¹¹ Como precisa SÁNCHEZ CALERO, F., «La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades», *RAJL*, Madrid 2001, pág. 57, «esta calificación de la sociedad anónima como la "gran máquina del siglo XIX", que utilizó la exposición de motivos del Decreto de 1868 (...), se reiteraría y la haría famosa RIPERT ochenta años después denominándola como "máquina jurídica", tras considerarla como un maravilloso instrumento creado "por el capitalismo moderno para recolectar el ahorro con el fin de la fundación y la explotación de las empresas". Expansión de la sociedad anónima que se ha visto confirmada posteriormente cuando, tras su desarrollo constante, se consolida como titular de la gran empresa, tanto cuando aparece de forma aislada, como cuando de manera más frecuente forma parte de un grupo de sociedades que potencia su presencia como motor de la actividad económica y asume su papel de "operadora" económica protagonista del mercado».

¹² Indica ROCARD M., *El País*, suplemento, domingo 16 de marzo de 2008, pág. 8.

Las consecuencias de la combinación de la Revolución Industrial, el surgimiento del proletariado urbano y la confianza ilimitada en la razón, produjo efectos paradójicos, pues afianzó el desarrollo del sistema de «economía de mercado» o «capitalismo» y, al propio tiempo, propició el desarrollo de ideologías y sistemas económicos contrarios al mismo, cuyas manifestaciones más acabadas fueron, en el plano teórico el marxismo, y en la práctica la implantación de sistemas de economía centralizada o plan rígido por los regímenes comunistas¹³.

Pero como la libertad es terca¹⁴, bien que requiera que se den determinadas condiciones para su existencia¹⁵, y el ser humano se resiste a ser privado de la misma¹⁶, el «mercado libre» o «libre mercado» acabó prevaleciendo, por ese afán del ser humano hacia la libertad y sus aptitudes de creatividad que conforma el contenido lógico de su código genético superador de cualquier determinación exclusivamente instintiva¹⁷, pero solo tras un largo, penoso y cruento enfrentamiento con los sistemas de economía centralizada o sin libre mercado, que puede resumirse en los siguientes términos:

«En el siglo XVIII no faltó la fe en el progreso como nueva forma de esperanza, y siguió considerando la razón y la libertad como la estrella-guía que se debía seguir en el camino de la esperanza. Sin embargo, el avance cada vez más rápido del desarrollo técnico y la industrialización que comportaba crearon muy pronto una situación social completamente nueva: se formó la clase de los trabajadores de la industria y el así llamado proletariado industrial, cuyas terribles condiciones de vida ilustró de manera sobrecogedora Friedrich ENGELS en 1845. Para el lector debía estar claro: esto no puede continuar, es necesario un cambio. Pero el cambio supondría la convulsión y el abatimien-

¹³ Una crítica radical al capitalismo puede verse en toda la obra de GALBRAITH, J. K., señaladamente en su *Historia de la Economía* y especialmente en *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, citadas. También en LÓPEZ CALETA, N., *op. cit.*, especialmente págs. 26-32; sobre los fundamentos de la «libre empresa» vid. PÉRA DE ANTÓN, F., *La libre empresa. Una introducción a sus fundamentos morales, jurídicos y económicos*, Unión Editorial, Madrid 2004.

¹⁴ Sobre la libertad vid. FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Editorial Trotta, Madrid 2006, especialmente págs. 124-125.

¹⁵ BORCHARDT, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 2000, pág. 12, indica que «la libertad es el corolario de la paz, la unidad y la igualdad».

¹⁶ Cuando al mercado municipal sustituye el comarcal, o incluso el nacional por lo menos (ya que la unificación del mundo es el ideal capitalista), y cuando la técnica permite la gran concentración de industria y de obreros, que rebaja costes, se expande en régimen amplio de exportaciones y borra ratificales fronteras interiores, surge la necesidad de cambiar el molde estrecho en que el proceso se canalizaba: a la previa autorización administrativa y a la constante fiscalización policial sucede el principio de libertad máxima: cualquiera puede implantar nuevas industrias, abrir nuevos establecimientos, promover nuevas vías de actuación económica; la iniciativa privada es nuncio de prosperidad general, y no conviene obstaculizarla (...). La libertad de trabajo, por lo demás, es una faceta del gran complejo de la libertad económica, presupone (...) la libertad personal, y no se concibe tampoco sin la de contratación; mas de otra parte va íntimamente unida la libertad de industria y comercio, porque cualquier entorpecimiento en esta materia repercutiría en la órbita señalada al trabajador (...). Proclamada la libertad de trabajo, y rotos los frenos de la antigua ordenación implicaba, el trabajador tuvo que enfrentarse con el patrono, económicamente mucho más poderoso; el trabajo humano se convirtió en mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda; La competencia industrial indujo a la reducción de costos; y la sed de ganancias no se detuvo en escrúpulos morales: mujeres y niños fueron objeto de explotación; jornadas agotadoras extenuaron al trabajador, salarios de hambre empobrecieron la raza; pago en especie, dureza de trato, despidos arbitrarios completaron el cuadro. La libertad había dado paso a una nueva tiranía. Se había creído que podía existir verdadera libertad en un pacto concertado entre potencias terriblemente desiguales», afirma PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, (segunda edición), Editorial Civitas S. A., Madrid 1984, págs. 642 y 646.

¹⁷ Vid. POPPER K., *El conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, Tecnos, Madrid 2006 (quinta edición), pág. 96.

to de la estructura de la sociedad burguesa. Después de la revolución de 1789, había llegado la hora de una nueva revolución, la proletaria: el progreso no podía avanzar simplemente de modo lineal a pequeños pasos. Hacía falta el salto revolucionario. Karl MARX recogió esta llamada del momento, con vigor de lenguaje y pensamiento, trató de encauzar este nuevo y, como él pensaba, definitivo gran paso de la Historia hacia la salvación, hacia lo que KANT había calificado como el reino de Dios. Al haber desaparecido la verdad en el más allá, se trataría ahora de establecer la verdad del más acá. La crítica del cielo se transformó en crítica de la tierra, la crítica de la teología en crítica de la política. El progreso hacia lo mejor, hacia el mundo definitivamente nuevo, ya no viene simplemente de la ciencia, sino de la política; de una política pensada científicamente, que sabe reconocer la estructura de la Historia y de la sociedad y así se inicia el camino hacia la salvación, hacia el cambio de todas las cosas. Con precisión puntual, aunque de modo unilateral y parcial, MARX ha descrito la situación de su tiempo y ha ilustrado con gran capacidad analítica los caminos hacia la revolución, y no solo teóricamente: con el partido comunista, nacido del manifiesto de 1848, dio inicio también concretamente a la revolución. Su promesa, gracias a la agudeza de su análisis y a la clara indicación para el cambio radical fascinó y fascina todavía hoy de nuevo. Después la revolución se implantó también de manera más radical en Rusia»¹⁸.

A ese desarrollo y enfrentamiento sucedió, se dice erróneamente que a modo de síntesis, lo que se conoce como el sistema de economía social de mercado. Que está generalizado y, desde luego, es omnipresente en Europa (Unión Europea¹⁹ y Estados miembros), recogándose en las Constituciones más modernas. Incluso en los sistemas que se tildan de más liberales y capitalistas, como el norteamericano, la evolución en ese sentido es evidente, repárese que el mismo término Seguridad Social, cuya presencia es condición necesaria para que pueda aludirse a un sistema de economía social de mercado, es de creación norteamericana²⁰, por más que sus desarrollos más extraordinarios y espectaculares (especialmente en materia de sanidad, transformada después en los sistemas públicos de salud), hayan sido europeos, pudiéndose concluir con la siguiente doble consideración:

¹⁸ Benedicto XVI (Joseph Ratzinger) en la carta encíclica *Spe Salvi*, epígrafe «La transformación de la fe-esperanza cristiana en el tiempo moderno», punto 20, continuando en el punto 21 de la siguiente manera: «Pero con su victoria se opuso de manifiesto también el error fundamental de MARX. El indicó con exactitud cómo lograr el cambio total de la situación. Pero no nos dijo cómo se debería proceder después. Suponía simplemente que, con la expropiación de la clase dominante, con la caída del poder político y con la socialización, se restablecía la nueva Jerusalén. En efecto, entonces se anularían todas las contradicciones, por fin el hombre y el mundo habrían visto claramente en sí mismos. Entonces todo podía proceder por sí mismo por el recto camino, porque todo pertenecería a todos y todos querrían lo mejor los unos para los otros. Así, tras el éxito de la revolución, Lenin pudo pecatarse de que, en los escritos del maestro, no había ninguna indicación sobre cómo proceder. Había hablado ciertamente de la fase intermedia de la dictadura del proletariado como una necesidad que, sin embargo, en un segundo momento se habría demostrado caduca por sí misma. Esta fase intermedia la conocemos muy bien, también sabemos cuál ha sido su desarrollo posterior: en lugar de alumbrar un mundo sano, ha dejado tras sí una destrucción desoladora. El error de MARX no consiste solo en haber ideado los ordenamientos necesarios para un nuevo mundo; en efecto ya no habría necesidad de ellos. Que no diga nada de eso es una consecuencia lógica de su planteamiento. Su error está más al fondo. Ha olvidado al hombre y a su libertad. Ha olvidado que la libertad es siempre libertad, incluso para hacer el mal. Creyó que una vez solucionada la economía, todo quedaría solucionado».

¹⁹ «La Unión Europea ya no es tan solo un objetivo programático del proceso de integración, sino una organización internacional *sui generis*, creada mediante el Tratado de Maastricht. Su peculiaridad reside en su estructura como techo jurídico de las tres Comunidades Europeas, en sus políticas complementarias y en la forma de cooperación entre los Estados miembros», indica BORCHARDT, Klaus-Dieter, *op. cit.*, pág. 24.

²⁰ Mediante la Social Security Act; *vid.* DE LA VILLA, L. E, *Manual de Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona 1979, pág. 23.

- a) El sistema de economía social de mercado pivota en torno a uno de los elementos nucleares del sistema de «economía de mercado» o «sistema capitalista», la competencia en la concurrencia de los operadores económicos en todos y cada uno de los «mercados» que lo componen (se definan como se quiera, ya sea geográficamente, por producto o de cualquier otra manera). La centralidad de la competencia en el sistema de economía social de mercado es una «herencia» del sistema capitalista o de economía de mercado. Efectivamente «de SMITH proviene la adhesión a la competencia como principio de todas las sociedades capitalistas, suponiéndose que puede garantizar el mejor funcionamiento posible de la economía»²¹, lo que se asume por el sistema de economía social de mercado.
- b) Aquel sistema de economía social de mercado, al mismo tiempo que recoge el elemento nuclear de la competencia, propio del sistema capitalista, impone y exige, como otro elemento nuclear del mismo sistema económico, que los derechos sociales sean respetados. Especialmente los derechos de los trabajadores establecidos en los correspondientes ordenamientos jurídicos, tutelados constitucional y legalmente. Semejante exigencia tiene una doble lectura, pues por una parte son manifestación del derecho y el respeto a la dignidad, a la libertad y a las posibilidades de desarrollo del individuo, y, por otra parte, conforman parte del sistema económico, condicionando y determinando su efectividad.

II. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO COMUNITARIO COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD, Y SU RELACIÓN CON OTRAS LIBERTADES FUNDAMENTALES COMUNITARIAS

La libre prestación de servicios, en el seno de la Unión Europea, es una consecuencia jurídica constitucional²² y está íntimamente ligada a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (determinada, su vez, por la vigencia del principio de «igualdad»). Esto es, la libre prestación de servicios implica tratar por igual a todos los operadores económicos, no efectuando discriminación alguna por razón de nacionalidad.

²¹ GALBRAITH, J. K. *op. cit.* (*Historia de la Economía*) pág. 85.

²² Las referencias se hacen al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no a un texto formalmente denominado «constitución», pero ello no impide considerar existente una «constitución material», «tratados con función constitucional», o una «constitución virtual», en la Unión Europea. No obsta a ello que se haya rechazado en los referendos convocados por algunos Estados miembros el proyecto elaborado y suscrito por todos los Estados miembros, pues las razones que condujeron a su rechazo nada tenían que ver con su contenido, sino que se debió a otros factores (no siendo ajenos a los mismos el componente irracional, emocional y de manipulación de masas). Señala AREILZA CARVAJAL, J. M.^a, «Mito y realidad del Tratado de Lisboa», *ABC* del viernes 14 de enero de 2007, pág. 36, indica que «el Tratado de Lisboa es la Constitución disfrazada y empeorada, como si el precio a pagar por la reforma europea fuese a cerrar la caja de Pandora del debate público y volver no solo al elitismo dominante en el origen del proceso de integración, sino a la diplomacia secreta del siglo XIX. El nuevo acuerdo para colar los contenidos de la Constitución por la puerta de atrás ha sido redactado en tres meses, en una conferencia diplomática de perfil muy bajo que seguía un confuso mandato apenas negociado ente los 27 gobiernos. El resultado ha sido una absurda fuga hacia una Europea dadaísta, con un oscurecimiento deliberado de las nuevas reglas del juego y un negativo ensalzamiento de lo técnico por encima de lo político».

El carácter primordial de aquel principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en el seno de la Unión Europea, establecido en el artículo 12 de la CE ²³, requiere de una doble reflexión. Por una parte, constituye fundamento de su unidad, pues «solo puede existir unidad donde reine la igualdad. Ningún ciudadano comunitario debe verse desfavorecido, es decir, «discriminado», a causa de su nacionalidad» ²⁴. Por otra, opera en los términos en que se desarrolla cada libertad fundamental concreta comunitaria.

Como natural consecuencia de lo anteriormente expuesto resulta que aquel principio de prohibición de trato desigual por razón de la nacionalidad, dado su carácter general y trasunto inmediato, del principio de igualdad ²⁵ especialmente significativo para la unidad de Europa, únicamente puede ser aducido de manera independiente en aquellas situaciones reguladas por el Derecho comu-

²³ Según indica la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones 26, 27, 32 y 36, de las presentadas el 28 de febrero de 2008, en el asunto C-164/07: a) «El artículo 12 de la CE, párrafo primero, prohíbe en el ámbito de aplicación del Tratado toda discriminación por razón de la nacionalidad»; *vid.* SSTJCE de 11 de septiembre 2007, Comisión/Alemania, asunto C-318/05, de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, asunto C-76/05; de 23 de octubre de 2007, Morgan, asunto C-11/06; de 12 de julio de 2005, Schempp, asunto C-403/03; de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02, y de 24 de noviembre de 1998, Bickel y Franz, asunto C-274/96; b) «Entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario se incluyen las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado»; c) «El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto»; *vid.* SSTJCE de 11 de septiembre 2007, Comisión/Alemania, asunto C-318/05; de 23 de marzo de 2004, Collins, asunto C-138/02; de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02; de 11 de julio de 2002, D'Hoop, asunto C-224/98, y de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, asunto C-184/99; d) «La prohibición de discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente»; *vid.* SSTJCE de 12 de septiembre de 2006, Eman y Sevinger, asunto C-300/04; de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, asunto C-344/04, y de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02; esto es, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes; *vid.* SSTJCE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, asunto C-279/93; de 22 de marzo de 2007, Talotta, asunto C-383/05 y de 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters-Lakebrink, asunto C-182/06.

²⁴ BORCHARDT, Klaus-Dieter, *op. cit.*, pág. 12; indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 9 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto C-303/09, que «en su versión más elemental, la dignidad humana implica reconocer a cada individuo el mismo valor. La vida humana de cada uno es valiosa por el mero hecho de ser humana, y ninguna vida es más valiosa que cualquier otra (...) por más que existan entre nosotros profundas divergencias sobre las cuestiones de moralidad política, la estructura de las instituciones políticas y el funcionamiento de nuestros Estados democráticos, seguimos compartiendo, pese a todo, el valor que atribuimos a ese principio fundamental. Por consiguiente los individuos y las instituciones políticas no deben actuar de tal modo que se menoscabe la importancia intrínseca de cada vida humana. Un valor también relevante, aunque distinto es el de la autonomía personal. Supone que los individuos deben ser capaces de planear y dirigir el curso de su vida a través de una sucesión de elecciones entre diferentes opciones válidas. El ejercicio de la autonomía presupone que la gente pueda elegir entre un abanico de opciones válidas. Cuando actuamos como agentes autónomos, tomando decisiones sobre el modo en que queremos que se desarrolle nuestra vida, se concreta nuestra integridad personal, sentido de la dignidad y autorrespeto»; esto es, «el derecho humano más básico de una persona del cual se derivan todos los otros derechos humanos, es el derecho ser tratado por aquellos que detentan el poder de una forma coherente con el reconocimiento de que la vida de esa persona tiene una importancia intrínseca y de que esta es personalmente responsable de hacer realidad el valor de su vida», indica DWORKIN, D., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona 2007, págs. 53-54.

²⁵ Al respecto debe destacarse que en la STJCE de 10 de julio de 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijging y Firma Fery NV, asunto C-54/07, se afirma que «el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa de la contratación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/43, ya que las declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo».

nitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación, según reiterada jurisprudencia comunitaria²⁶. Además el Derecho comunitario impide cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable aparentemente sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado²⁷.

Debiéndose añadir²⁸: a) Que las medidas nacionales que puedan restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente pueden admitirse si persiguen un objetivo de interés general, son adecuadas para conseguirlo y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen²⁹; b) Que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las resultantes de la estructura constitucional de dicho Estado, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario³⁰.

La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se extiende más allá de las normas y actuaciones públicas, abarcando naturalmente a los convenios colectivos de trabajo. Así se afirma que «la prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad no solo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios»³¹. Esto es, aquella «prohibición de discriminación también se extiende a todos los convenios colectivos destinados a regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena así como a los convenios entre particulares»³².

La circunstancia de que el artículo 12 de la CE esté destinado a aplicarse de manera independiente únicamente cuando no existan normas de Derecho comunitario que específicamente prohíban la discriminación, y siendo así que precisamente el Tratado establece en sus artículo 49 de la CE tal norma específica para la libre prestación de servicios³³, al mismo ha de referirse cualquier cuestión sobre la

²⁶ SSTJCE de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, asunto C-100/01, y de 29 de abril de 2004, Weigel, asunto C-387/01.

²⁷ SSTJCE de 31 de marzo de 1993, Kraus, asunto C-19/92; de 9 de septiembre de 2003, Burbaud, asunto C-285/01, y de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, asunto C-442/02.

²⁸ STJCE de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand, asunto C-212/06.

²⁹ SSTJCE de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant, asunto C-9/02; de 18 de enero de 2007, Comisión/Suecia, asunto C-104/06 y de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand, asunto C-212/06.

³⁰ SSTJCE de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, asunto C-87/02, y de 26 de octubre de 2006, Comisión/Austria, asunto C-102/06.

³¹ STJCE de 17 de julio de 2008, Andrea Reccanelli y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, asunto C-94/07; *vid.* también SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, asunto 36/74, y de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98.

³² STJCE de 17 de julio de 2008, Andrea Reccanelli y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, asunto C-94/07; *vid.* también SSTJCE de 8 de abril de 1976, Defrene, asunto 43/75, y de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98.

³³ SSTJCE de 11 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asunto C-397/98, de 11 de octubre de 2007, Hollmann, asunto C-443/06, y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07.

aplicación del Derecho comunitario y nacional correspondiente en relación con la prestación de servicios por un empresario en un Estado miembro del que no sea nacional con desplazamiento de los trabajadores.

Pero la libre prestación de servicios no opera al margen de las demás libertades fundamentales comunitarias, por ello, el desplazamiento de trabajadores obliga a efectuar una siquiera breve referencia a la libertad de establecimiento y la libre circulación de personas y de trabajadores, e incluso debieran considerarse cuestiones atinentes al reconocimiento mutuo de títulos (pues aquel reconocimiento «pretende ante todo facilitar la libre circulación de personas en territorio comunitario, favoreciendo la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de los trabajadores»³⁴), no obstante nos limitaremos a efectuar una breve referencia a la libertad de establecimiento así como a la libre circulación de personas y trabajadores, y las relaciones de aquellas libertades con la libre prestación de servicios.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas y trabajadores tiene por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro³⁵. No puede olvidarse que:

«En virtud del artículo 39 de la CE, la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo»³⁶.

Para que una medida restrinja aquella libre circulación, no es necesario que se base en la nacionalidad de las personas afectadas, ni siquiera que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales, o que perjudique solo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros y no a los trabajadores nacionales³⁷. Basta que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro en cuestión³⁸. Bien que las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecu-

³⁴ Conclusión 46 de las presentadas el 28 de febrero de 2008, por el Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, en el asunto C-311/06. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre «La movilidad, un instrumento para más y mejor empleo: el Plan Europeo de Movilidad Laboral (2007-2010)», COM (2007) 773 final.

³⁵ SSTJCE de 7 de julio de 1988, Wolf y otros, asuntos acumulados 154/87 y 155/87; de 26 de enero de 1999, Terhoeve, asunto C-18/95; de 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania, asunto C-318/05, y de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand, asunto C-212/06.

³⁶ STJCE de 17 de julio de 2008, Andrea Reccanelli y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, asunto C-94/07; *vid.* también STJCE de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98.

³⁷ SSTJCE de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, asunto C-388/01.

³⁸ SSTJCE de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, asunto C-353/89, y de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros, asunto C-250/06.

ción de estas no puedan aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado ³⁹.

Por contra todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y de trabajadores ⁴⁰. En ese contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutan, en particular, del derecho, fundado directamente en el Tratado, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y permanecer en este con el fin de ejercer allí una actividad económica ⁴¹.

La libertad de establecimiento es otra de las libertades fundamentales que mantiene una íntima relación con la libre prestación de servicios, al extremo de no ser siempre posible efectuar una nítida separación entre ambas o saber, en definitiva, cuál de las dos está implicada, en una determinada cuestión, por ello es pertinente efectuar también una breve referencia a la misma. Afirmándose que «constituyen restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades» ⁴².

Según se establece en el artículo 43 de la CE, están prohibidas «las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro». Prohibición que se extiende «igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro».

Reiterada jurisprudencia comunitaria establece que el artículo 43 de la CE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado ⁴³.

La libertad de establecimiento es, pues, consustancial con el proyecto político de la unidad europea, conseguida mediante la disolución de las barreras que afectan a los mercados y a los medios de producción. No en vano, «establecerse es integrarse en una economía nacional» estando siempre ligada al ejercicio de una actividad a título lucrativo. Aquella libertad fundamental, reconocida a las personas físicas y jurídicas de cualquier Estado miembro, comprende, sin perjuicio de las excepciones y de los requisitos previstos, el acceso, en el territorio del resto de la Comunidad, a toda clase de

³⁹ SSTJCE de 8 de diciembre de 1987, Gauchard, asunto 20/87, y de 26 de enero de 1999, Terhoeve, asunto C-18/95.

⁴⁰ SSTJCE de 23 de febrero de 1994, Scholz, asunto C-419/92; de 26 de enero de 1999, Terhoeve, asunto C-18/95, y de 18 de julio de 2007, Hartmann, asunto C-212/05.

⁴¹ SSTJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93, y de 26 de enero de 1999, Terhoeve, asunto C-18/95.

⁴² STJCE de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética, S.A., y To Me Group Adversiting Media, asunto C-500/06.

⁴³ SSTJCE de 31 de marzo de 1993, Kraus, asunto C-19/92, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Reino de los Países Bajos, asunto C-299/02.

actividades por cuenta propia y su ejercicio. Abarcando también la constitución y la gestión de empresas, así como la apertura de agencias, sucursales y filiales ⁴⁴.

La noción misma de «libertad de establecimiento» es muy amplia. Conllevando, en todo caso, la posibilidad de participar, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto del de origen, favoreciendo la interpenetración económica y social dentro de la Comunidad, en el ámbito de las actividades por cuenta propia ⁴⁵.

La libertad de establecimiento, que reconoce el artículo 43 de la CE a los nacionales comunitarios y que implica para estos el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende (*ex art. 48 CE*), para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad Europea, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate a través de una filial, de una sucursal o de una agencia ⁴⁶.

Así pues, la libertad de establecimiento comprende «la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades», en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. De tal manera que según la jurisprudencia del TJCE ⁴⁷ el artículo 43 de la CE prohíbe toda regla nacional que pueda colocar a los nacionales de los demás Estados miembros en una situación, de hecho o de derecho, desventajosa en relación con la situación en que se encuentra, en las mismas circunstancias, un nacional del Estado miembro de establecimiento, y exige también la supresión de cualesquiera restricciones a la libertad de establecimiento, a saber todas las medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de dicha libertad.

El domicilio de las sociedades (mercantiles, en particular), en el sentido del artículo 48 de la CE, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un determinado Estado miembro. Por ello admitir que un Estado miembro pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 43 de la CE ⁴⁸. La libertad de establecimiento pretende, así, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, al prohibir cualquier discriminación basada en el lugar del domicilio de las sociedades ⁴⁹.

⁴⁴ Conclusiones 25 y 26 de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-140/03.

⁴⁵ Conclusión 27, de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-140/03.

⁴⁶ STJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97.

⁴⁷ A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ya aludido, pasará a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴⁸ SSTJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83; de 13 de julio de 1993, Commerzbank, asunto C-330/91, de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98 y de 18 de julio de 2007, O y AA, asunto C-231/05.

⁴⁹ SSTJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83.

Esto es, el derecho a la libertad de establecimiento se reconoce no solo a los nacionales comunitarios sino también a las sociedades ⁵⁰ constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad ⁵¹, y si bien las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su normativa ⁵², constituyendo restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades ⁵³.

III. RÉGIMEN DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

El derecho a la libre prestación de servicios ha de ubicarse en la historia de una Europa que «se caracteriza desde hace más de dos siglos por constantes esfuerzos por reforzar la protección de los derechos (y libertades) fundamentales. Desde las declaraciones sobre derechos humanos y de los ciudadanos del siglo XVIII, los derechos y libertades fundamentales son parte integrante de los sistemas constitucionales de la mayoría de los países civilizados, en particular de los Estados miembros de la Unión Europea, cuyos ordenamientos jurídicos se basan en la tutela del derecho y el respeto a la dignidad, la libertad y las posibilidades de desarrollo del individuo» ⁵⁴.

Al propio tiempo, ese derecho fundamental (a la libre prestación de servicios) se imbrica en el cambio histórico del modelo de empresa. Efectivamente «la empresa tradicional que imperó desde la segunda mitad del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX, concentrando bajo una misma titularidad las distintas fases del proceso productivo, ha dado paso en los albores del siglo XXI, y aún antes, a otro modelo empresarial, el que se ha dado en llamar post-fordista o toyotista, en el que la competitividad exige la reducción de costes, la especialización del trabajo y la calidad de la producción, en un mercado caracterizado por la globalización de la producción, adaptándose la organización de las empresas a las nuevas exigencias del mercado, adelgazando sus estructuras, especializando a sus trabajadores, pues la cualificación profesional es equivalente a calidad y rentabilidad en el trabajo, alterando el perfil de la mano de obra dependiente, externalizando actividades básicas de su círculo productivo que antes reservaba a su propio personal» ⁵⁵.

⁵⁰ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, asunto C-471/04, y de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz eG, sucesora universal de ITS Reisen GmbH, y Finanzamt Köln-Mitte, asunto C-347/04.

⁵¹ SSTJCE de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust, asunto C-81/87; de 9 de marzo de 1999, Centros, asunto C-212/97; de 5 de noviembre de 2002, Überseering, asunto C-208/00, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Reino de los Países Bajos, asunto C-299/02.

⁵² STJCE de 16 de julio de 1998, ICI, asunto C-264/96.

⁵³ SSTJCE de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, asunto C-439/99; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, asunto C-451/03; de 26 de octubre de 2006, Comisión/Grecia, asunto C-65/05; de 13 de marzo de 2008, Comisión/España, asunto C-248/06, y de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética, S.A. y To Me Group Advertising Media, en el que participa Cliniche Futura Srl, asunto C-500/06.

⁵⁴ BORCHARDT, Klaus-Dieter, *op. cit.*, pág. 13.

⁵⁵ STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2007.

Situada en ese marco histórico y de cambio de modelo empresarial, resulta que la libre prestación de servicios garantiza, en el gran espacio europeo, la libertad de circulación a través de las fronteras nacionales de los Estados miembros que componen la Unión Europea, atribuyendo a los agentes económicos (empresarios) una libertad de decisión que de otra manera se vería seriamente mermada.

1. La libre prestación de servicios en el Derecho originario europeo. El contenido del artículo 49 de la CE y su desarrollo por la jurisprudencia comunitaria.

Establece el artículo 49 de la CE que están «prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación», pudiendo el prestador de un servicio, «con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

Esa libre prestación de servicios posibilita y actualiza, dentro del mercado único europeo, «la libre competencia (que) permite ofrecer sus bienes y servicios a un número de consumidores incomparablemente mayor», y a estos «elegir lo mejor y más barato dentro de una oferta que se ha ampliado notablemente gracias al esfuerzo de la competencia»⁵⁶. Entendiéndose por «servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas» y comprendiendo, en particular, las actividades de carácter industrial y de carácter mercantil.

La libre prestación de servicios no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción⁵⁷, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos⁵⁸.

El contenido del artículo 49 de la CE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros⁵⁹. Conforme a esta norma, el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa (frente al Estado y otros

⁵⁶ BORCHARDT, Klaus-Dieter, *op. cit.*, pág. 12.

⁵⁷ SSTJCE de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, asunto C-490/04; de 25 de julio de 1991, Säger, asunto C-76/90; de 28 de marzo de 1996, Guiot, asunto C-272/94, y de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania, asunto C-244/04.

⁵⁸ SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, Movistar y Belgacom Mobile, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03; de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04; de 11 de enero de 2007, ITC, asunto C-208/05, y de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL, asunto C-250/06.

⁵⁹ STJCE de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, asunto C-76/05.

particulares en su caso), donde esté establecida cuando dichos servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro y, en términos generales, en el supuesto de que el prestador de servicios ofrezca sus servicios en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el cual se halla establecido ⁶⁰.

Siendo, además, necesario que la aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo ⁶¹.

Aquel contenido del artículo 49 de la CE al oponerse, en particular, a toda normativa nacional que pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos ⁶², determina que solo pueda limitarse la libre prestación de servicios mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido ⁶³.

Desde la perspectiva de un mercado único y para permitir alcanzar sus objetivos, el artículo 49 de la CE se opone también a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro ⁶⁴.

Problemática singular en torno a la aplicación de semejante contenido del artículo 49 de la CE, es la que hace referencia a su «efecto horizontal». Al respecto se afirma ⁶⁵ que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea no resuelve expresamente la cuestión del efecto horizontal del artículo 49 de la CE, siendo, por lo tanto, necesario «considerar el lugar y la función que esta disposición tiene en la economía del Tratado» ⁶⁶. Precisándose ⁶⁷ que, conjuntamente con las disposiciones sobre competencia, las disposiciones sobre libre prestación de servicios forman parte de un conjunto coherente de normas cuya finalidad, que se describe en el artículo 3 de la CE, es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de

⁶⁰ STJCE 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia, asunto C-381/93.

⁶¹ SSTJCE de 25 de julio de 1991, Säger, asunto C-76/90; de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92 y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, asunto C-55/94.

⁶² SSTJCE de 28 de abril de 1998, Safir, asunto C-118/96, y de 8 de septiembre de 2005, Mobistar y Belgacom Mobile, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03.

⁶³ SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, de 24 de enero de 2002, Portugaia Construções, asunto C-164/99 y de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo, asunto C-445/03.

⁶⁴ SSTJCE de 28 de abril de 1998, Safir, C-118/96, y de 30 de enero de 2007, Comisión/Reino de Dinamarca, asunto C-150/04.

⁶⁵ Por el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 31, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁶⁶ Véase nota anterior.

⁶⁷ Señala el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en las conclusiones 32, 33, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

libre competencia, «fundamentalmente, confiriendo derechos a los operadores del mercado», lo que determina que hayan de considerarse conjuntamente.

Esto es, aquel conjunto de normas constituye una totalidad que «en esencia, protegen a los operadores del mercado facultándoles para impugnar determinados impedimentos a la posibilidad de competir en igualdad de condiciones en el mercado común», al extremo que «sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Comunidad de tener un mercado común que funcione (eficientemente)».

Por tanto, se añade ⁶⁸, «no resulta sorprendente que el Tratado confiera a los operadores del mercado derechos (como el relativo a la libre prestación de servicios) que pueden ser invocados contra las autoridades de los Estados miembros y contra otros sujetos, sean o no empresarios. En principio, por lo que atañe a las empresas u otros operadores en el mercado, las normas sobre competencia juegan un papel principal. En lo que se refiere a las autoridades de los Estados miembros, este papel corresponde a las disposiciones sobre libre circulación. De ahí que, para garantizar eficazmente los derechos de los operadores del mercado, las normas sobre competencia tengan un efecto horizontal, mientras que las normas sobre libre circulación tengan un efecto vertical».

Sin embargo, continúa afirmándose, «esto no hace válido el argumento a contrario de que el Tratado excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación». Aquel «efecto horizontal (directo o indirecto ⁶⁹)» se derivará lógicamente del Tratado cuando sea necesario para permitir que los operadores del mercado de toda la Comunidad tengan las mismas oportunidades de acceder a cualquier parte del mercado común ⁷⁰, de tal modo:

⁶⁸ Precisa el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 34, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05

⁶⁹ Como indica el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 39, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, «una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes. La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como *mittelbare Drittwirkung*, o efecto horizontal indirecto». El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, indicando aquel, ilustre miembro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que «el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia ley y del juez que la aplica». Añadiendo, en su conclusión 40, que «en lo que se refiere a la delimitación de los respectivos ámbitos de derechos, el efecto horizontal indirecto puede diferir del efecto horizontal directo en la forma; sin embargo, en lo esencial no hay ninguna diferencia.

⁷⁰ Concreta el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 35, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05. Argumentando, en sus conclusiones 36 a 40, lo siguiente: «Por lo tanto, en el centro de la cuestión se encuentra la siguiente pregunta: ¿implica el Tratado que, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado común, las disposiciones sobre libre circulación protegen los derechos de los operadores del mercado no solo limitando las facultades de las autoridades de los Estados miembros, sino también limitando la autonomía de los demás operadores? Parte de la doctrina ha propuesto que se responda a la cuestión de forma rotundamente negativa –su principal argumento es que las normas sobre competencia bastan para hacer frente a las interferencias en el correcto funcionamiento del mercado común de operadores no estatales–. Otros, sin embargo, han señalado que una actuación particular –es decir, una actuación que no emana en último término del Estado y a la que no se aplican las normas sobre competencia– puede, desde luego, obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado común y, por lo tanto, sería un error excluir categóricamente tal actuación de la aplicación de las normas sobre libre circulación. (...) esta última opinión es más realista. También está

- a) Que «las normas sobre libre circulación se aplican directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente»⁷¹.
- b) Que «las disposiciones sobre libre circulación se aplican a las actuaciones de los particulares que, debido a su efecto general sobre los titulares de derechos a la libre circulación, pueden restringirles el ejercicio de estos derechos, creando obstáculos que no puedan eludir razonablemente»⁷².
- c) Que «la aplicación de las disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo»⁷³. Efectivamente, «los trabajadores no pueden cambiar sus cualificaciones profesionales u obtener un trabajo alternativo con la misma facilidad con que los comerciantes pueden alterar sus productos o encontrar modos alternativos de comercializarlos (...). La posibilidad de que, a la larga, los incentivos económicos debiliten (...) prácticas de contratación discriminatorias es un consuelo muy limitado para el individuo que busca empleo hoy». El dicho de que «el mercado puede seguir siendo irracional más tiempo del que tú puedes seguir siendo solvente» es quizá más cierto en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores que en cualquier otro»⁷⁴.
- d) Que «las disposiciones sobre libre circulación no siempre ofrecen una solución específica para cada caso, sino que simplemente fijan unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados»⁷⁵.

La circunstancia de que «determinados sujetos privados están sometidos a las normas sobre libre circulación» no supone el fin de su autonomía privada, ni significa necesariamente que estén sometidos, todos y cada uno de ellos, exactamente a los mismos estándares. Efectivamente, las autoridades estatales puede(n) aplicar distintos baremos en su análisis de cualquier obstrucción a las libertades de circulación, dependiendo:

apoyada por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las normas sobre libre circulación pueden limitar la autonomía de los particulares, especialmente en sus sentencias en los asuntos Comisión/Francia y Schmidberger. Ambos asuntos se apoyan fundamentalmente en el razonamiento de que los actos de los particulares puede poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación. Por lo tanto (...) no se puede permitir a los particulares actuar sin tener en cuenta adecuadamente los derechos que se derivan para los demás particulares de las normas sobre libre circulación».

⁷¹ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 43, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁷² Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 48, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁷³ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 46, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, según el cual «el Tribunal de Justicia lo ha reconocido en la sentencia Angonese, cuando aplicó el artículo 39 de la CE a un banco privado de Bolzano».

⁷⁴ Añade el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 47, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁷⁵ Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 50, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

- De la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación.
- De la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada.

En otras palabras, los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden ⁷⁶. Esto es, «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario» ⁷⁷, de tal manera que el Derecho nacional «conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, (que) se garantiza la efectividad del Derecho comunitario» ⁷⁸.

En cuanto a la aplicabilidad de los Derechos nacionales de los Estados miembros en cuestiones en que esté implicada la libre prestación de servicios, el grado de libertad de que gozan los Estados miembros para regular las relaciones *inter privados* tiene asimismo consecuencias o implicaciones procesales, porque ⁷⁹ «aunque las normas del proceso civil varían de un sistema jurídico nacional a otro, un rasgo común es que las partes de los procedimientos son las principales responsables de determinar el contenido y el ámbito del litigio».

Lo cual no impide afirmar que «si se permitiese a esas partes iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional amparándose simplemente en las normas sobre libre circulación del Tratado aplicables, existiría el riesgo de que las normas nacionales aplicables no se tuvieran en consideración» y precisamente «para que esto no suceda, los Estados miembros pueden exigir, de conformidad con el principio de autonomía procesal, que las demandas contra un particular, basadas en la vulneración del derecho a la libre circulación, se interpongan dentro del marco jurídico nacional, conforme a una acción de Derecho interno, por ejemplo, de responsabilidad extracontractual o incumplimiento contractual».

Consecuentemente «al resolver el litigio del que conoce, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar el Derecho nacional de conformidad con las normas sobre libre circulación del Tratado. Si esto no es posible, y el Derecho nacional entra en conflicto con las normas sobre libre circulación, entonces prevalecerán estas», y «si no existe una vía de recurso judicial, porque el Derecho nacional no contempla ninguna acción a través de la cual recurrir contra una vulneración del derecho a la libre circulación, entonces, conforme al principio de efectividad, la demanda podrá basarse directamente en la disposición pertinente del Tratado».

⁷⁶ Destaca el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, quien precisa que «incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre de circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados».

⁷⁷ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁷⁸ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

⁷⁹ Siguiendo las indicaciones del Abogado General Sr. Poiares Maduro, en las conclusiones 52 y 53, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

2. La regulación de la libre prestación de servicios en el Derecho derivado comunitario. La Directiva 2006/123/CE.

Aquella norma comunitaria (Directiva 2006/123/CE) se aplica siempre que, pero únicamente cuando, las actividades de que se trate estén abiertas a la libre competencia, estableciendo solamente los requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no afectando a las condiciones de empleo y trabajo de quienes prestan materialmente esos servicios ⁸⁰.

Conviene recordar que en su primera propuesta, aquella Directiva (conocida como Directiva Bolkestein también denominada «Directiva Frankenstein» ⁸¹) proponía adoptar el «principio del país de origen», por el cual el prestador estaba sujeto únicamente a la ley del país en el que estuviese establecido, no debiendo los Estados miembros imponer restricciones a los servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro. Principio que se acompañaba de excepciones generales, transitorias o para casos concretos ⁸². La pretendida imposición de aquel «principio del país de origen» provocó una reacción general, en toda Europa, contraria al mismo.

⁸⁰ La Directiva, en el texto definitivamente aprobado, continúa remitiéndose al respecto a la Directiva 96/71/CE, bien que en términos diferentes a los contenidos en la propuesta de Directiva o Directiva Bolkestein. Efectivamente, el texto definitivo no interfiere en absoluto, como lo hacía su propuesta inicial, con la Directiva 96/71/CE, sino que simplemente se remite a ella, en el entendimiento de que es la norma que se aplica a los trabajadores (esto es, a tenor del art. 39 CE, a las personas que realicen, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones por las cuales perciben remuneraciones) «desplazados», en el marco del ejercicio de la libertad de establecimiento o de circulación de servicios por su empleador o empresario. En tales casos, como es sabido, la Directiva 96/71/CE establece que los prestadores deben cumplir con las condiciones de trabajo y empleo en una serie de ámbitos, que en la misma se enumeran, vigentes en el Estado miembro en el que se presta el servicio, comprendiendo no solo a las establecidas por disposiciones legislativas sino también a las establecidas en convenios colectivos, siempre que estos estén oficialmente declarados o sean, *de facto*, de aplicación general. Además, precisa la Directiva 2006/123/CE que no debe impedirse que los Estados miembros apliquen condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las enumeradas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE por razones de orden público, y que tampoco debe afectar a las condiciones de trabajo y empleo que el trabajador empleado para prestar un servicio transfronterizo sea contratado en el Estado miembro en que se presta el servicio, ni afectar al derecho de los Estados miembros en los que se presta el servicio a determinar la existencia de una relación laboral, ni a la distinción entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, incluidos los «falsos trabajadores por cuenta propia».

⁸¹ Originó un auténtico fenómeno socio-político a escala europea, denominado, con poca fortuna, «El fontanero polaco», que tuvo una amplia difusión en la prensa tanto digital como impresa. Pueden citarse modo de ejemplo, ARIAS, I., «El fontanero polaco», en *0 minutos.com* del 1 de junio de 2005; Bitácora Almendra, de 22 de junio de 2005, «El fontanero polaco»; ZUNIGA, S., «El "fontanero" polaco corteja a los franceses», en *El Mundo* (Suplemento crónica 507), de 3 de julio de 2005; *El País.com* (Internacional) del 14 de junio de 2005, «El "fontanero" polaco es un mito»; MARTÍ FONT, J. M., «El fontanero polaco contraataca», en *El País* (edición impresa) de 22 de junio de 2005; AFP, «El musculoso fontanero polaco», en *Clarín.com* de 2 de julio de 2005; Servicios de Estudios de La Caixa, «¿Dónde está el fontanero polaco?», en *Capital Madrid* del 8 de noviembre de 2006; «Del fontanero polaco al albañil rumano», en *El Mundo* de 13 de noviembre de 2006; BORREL FUENTES, J., «Quién teme al fontanero polaco», en *Cinco Dias.com* del 28 de noviembre de 2006; DIEZ, J. C., «El mito del fontanero polaco», en *Las Provincias* del 10 de junio de 2007; «Alemania aún no quiere oír hablar del "fontanero polaco"», en *DEIA.com* del 5 de agosto de 2007.

⁸² En su exposición de motivos, apartado 3, punto b), relativo a la «combinación de métodos de regulación» se establecía que por la vigencia del «principio del país de origen» resultaba que «el prestador (estaba) sujeto únicamente a la ley del país en el que (estuviese) establecido y los Estados miembros no (debían) imponer restricciones a los servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro». Asimismo, la aplicación de aquel principio, se advertía en la misma exposición de motivos, permitía al prestador «prestar un servicio en uno o varios Estados sin tener que someterse a la normativa de estos últimos». Este principio, se decía, también permitía «hacer responsable al Estado miembro de origen, ya que se le obliga a garantizar un control eficaz de los prestadores establecidos en su territorio, incluso aunque

El texto definitivamente aprobado de la Directiva 2006/123/CE no contempla ya aquel «principio del país de origen», respetando el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluyen el derecho a emprender acciones colectivas acudiendo a medidas de conflicto colectivo, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respeten el Derecho comunitario.

Al tenor de la Directiva 2006/123/CE cuando un operador se desplaza a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad de servicios, ha de distinguirse entre las situaciones que entran en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento y las que entran en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios, en función del carácter temporal de la actividad de que se trate⁸³.

Siendo procedente recordar, en lo referente a la distinción entre aquellas libertades (de establecimiento y la libre prestación de servicios), que el elemento clave, sin perjuicio de la temporalidad ya citada, es determinar si el agente está o no establecido en el Estado miembro en que presta el servicio, pues si está ubicado en ese Estado miembro, deben aplicarse las disposiciones referentes a la

(prestasen) servicios en otros Estados miembros». También se establecían «excepciones al principio del país de origen» en cuanto que se consideraban «necesarias por las disparidades existentes en el nivel de protección del interés general en determinados ámbitos, la intensidad de la armonización comunitaria, el grado de cooperación administrativa o determinados instrumentos comunitarios». Algunas de semejantes excepciones se concebían como transitorias (hasta el año 2010), con el fin de que hubiera tiempo de proceder a una armonización complementaria de determinadas cuestiones específicas, siendo posible establecer excepciones en casos individuales si se cumplían determinadas condiciones en cuanto al fondo y de procedimiento». Se establecían «obligaciones de asistencia recíproca entre autoridades nacionales, indispensable(s) para garantizar un elevado nivel de confianza recíproca entre los Estados miembros», confianza que, a su vez, se consideraba «el fundamento del principio del país de origen».

Considerando ya el texto de la aquella propuesta de Directiva (Bolkestein), apartados 58, 59 y 60, en ellos se establecía lo siguiente: «La presente Directiva no tiene por objeto tratar de las cuestiones de Derecho laboral como tales. Este reparto de cometidos y la determinación de las formas que deba adoptar la cooperación entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro de desplazamiento permitirán facilitar el ejercicio de la libre circulación de servicios, en especial mediante la supresión de determinados procedimientos administrativos desproporcionados, al tiempo que se mejora el control del cumplimiento de las condiciones de empleo y de trabajo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE. (...) por lo demás, en lo que se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo distintas de las contempladas en la Directiva 96/71/CE y con arreglo al principio de la libre circulación de servicios establecido en la Directiva, el Estado miembro de desplazamiento no debe poder tomar medidas restrictivas contra un prestador establecido en otro Estado miembro. La libre circulación de servicios incluye el derecho de que un prestador de servicios desplace a su personal, incluso si se trata de personas que no tienen la ciudadanía de la Unión, sino que son nacionales de un tercer Estado que se encuentran legalmente en el Estado miembro de origen y tienen un empleo regular. Conviene prever que el Estado miembro de origen esté obligado a hacer lo necesario para que el trabajador desplazado ciudadano de un tercer país cumpla las condiciones de residencia y empleo regular prescritas en su normativa, incluido lo relativo a la seguridad social. Conviene prever que el Estado miembro de desplazamiento no podrá imponer al trabajador o al prestador controles preventivos, especialmente en lo que se refiere a los documentos de entrada o de estancia o los permisos de trabajo, excepto en los casos que contemple la Directiva, ni podrá imponer obligaciones como, por ejemplo, la obligación de tener un contrato de trabajo de duración indeterminada o un empleo anterior en el Estado miembro de origen del prestador»; finalmente el artículo 16.1 era del siguiente tenor: «Principio del país de origen. 1. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado. El primer párrafo se refiere a las disposiciones nacionales relativas al acceso a la actividad de un servicio y a su ejercicio, y en particular a las que rigen el comportamiento del prestador, la calidad o el contenido de la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador».

⁸³ Aquella Directiva 2006/123/CE tiene por finalidad eliminar los obstáculos que se oponen tanto a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en los Estados miembros como a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros, así como garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado.

libertad de establecimiento y si, por el contrario, el agente no está establecido en el Estado miembro en que presta sus servicios, sus actividades deben quedar cubiertas por las disposiciones alusivas a la libre prestación de servicios.

El carácter temporal de las actividades de que se trate debe apreciarse no solo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad. El carácter temporal de la libre prestación de servicios no excluye la posibilidad de que el prestador se dote de cierta infraestructura en el Estado miembro en el que presta el servicio⁸⁴ en la medida en que sea necesaria para hacer efectiva la prestación correspondiente, sin que por ello pueda considerarse que se esté recurriendo al ejercicio de la libertad de establecimiento.

Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otro(s) Estado(s) miembro(s) como a los que prestan un servicio en otro(s) Estado(s) miembro(s) sin establecerse en él, es posible que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya estableciéndose en un Estado miembro, ya acogido a la libre circulación de servicios, pudiendo elegir los prestadores de servicios entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo de negocio.

La Directiva 2006/123/CE no impide la aplicación por un Estado miembro de sus normas (legales, reglamentarias, administrativas o convencionales) sobre las condiciones de trabajo y empleo, si bien debe justificar en aras de la protección de los trabajadores, que no son discriminatorias, y que su aplicación resulta necesaria y proporcionada.

Según se establece en la Directiva 2006/123/CE, artículo 9, los Estados miembros solo pueden supeditar la realización de una actividad de servicios, por un prestador o empresario establecido en otro Estado miembro, a un régimen de autorización, cuando aquel régimen reúna las siguientes condiciones:

- No ser discriminatorio para el prestador de servicios.
- Su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general.
- El objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva⁸⁵.

La libertad de circulación de servicios supone, alternativamente al ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento, que los Estados miembros están obligados a respetar el derecho de los prestadores a llevar a efecto servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos, de tal manera que el Estado miembro en que se preste el servicio asegure la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio, no pudiendo supeditar ni el acceso a la actividad ni su ejercicio, en su territorio, a requisitos que no respeten los principios siguientes:

⁸⁴ Por ejemplo, de una oficina.

⁸⁵ Porque «un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz», se indica en la Directiva.

- No discriminación. El requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas.
- Necesidad. El requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente.
- Proporcionalidad. El requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

IV. RÉGIMEN COMUNITARIO DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES, EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, A OTRO ESTADO MIEMBRO

La Directiva 96/71/CE solo dio lugar a una armonización parcial en materia de desplazamiento de trabajadores, por lo que debe considerarse como una norma de conflicto del Derecho del trabajo comunitario, relativa a las características y condiciones de la relación laboral de los trabajadores ⁸⁶ desplazados.

Efectivamente «la Directiva 96/71/CE solo da lugar a una armonización parcial en materia de desplazamiento de trabajadores. Dicha Directiva debe considerarse en primera línea como una norma de conflicto del Derecho del trabajo comunitario, relativa a las características y condiciones de la relación laboral de los trabajadores desplazados» ⁸⁷. Aquella norma comunitaria no regula por el

⁸⁶ Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «trabajador», en el sentido del artículo 39 de la CE, tiene un alcance comunitario y no debe interpretarse de forma restrictiva. Debe considerarse «trabajador» cualquier persona que ejerza unas actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución, según se desprende de las SSTJCE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, asunto C-66/85; de 23 de marzo de 2004, Collins, asunto C-138/02; de 7 de septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, y de 17 de julio de 2008, Andrea Raccanelli y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, asunto C-94/07.

⁸⁷ Afirma la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 36 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007, que aduce, en Nota 10, en su apoyo la siguiente doctrina: «SCHMIDT, M., "Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft", Baden-Baden 2001, págs. 254, 259, defiende la tesis de que la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores no armoniza las condiciones de trabajo sino que solo limita la libertad de elección del Derecho aplicable. DAUBLER, W., "Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht", Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1997, pág. 614, señala que la Directiva 96/71/CE se basa especialmente en el artículo 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación) y en el artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE). El artículo 66 del Tratado de CE remite a las posibilidades de configuración y restricción existentes en materia de libertad de establecimiento y dispone que estas deberán aplicarse en materia de libre prestación de servicios. Según el artículo 57, apartado 2, del Tratado CE, el Consejo podrá aprobar directivas con el fin de coordinar la normativa material y las normas de policía para facilitar el ejercicio de las libertades fundamentales (establecimiento y prestación de servicios). Desde un punto de vista objetivo, mantiene, esto ha tenido lugar. La Directiva coordina los requisitos laborales que deben respetar los prestadores de servicios. FORGÓ, K., "Aktuelles zur Entsenderichtlinie", Ecolex 1996, pág. 818, explica que la Directiva 96/71/CE elimina las diferencias que originan las divergentes normas de conflicto. Sin embargo, las diferencias originadas por las distintas regulaciones materiales del Derecho del trabajo en los Derechos nacionales persisten tras la entrada en vigor

contrario los aspectos relacionados con la entrada y residencia en el territorio del Estado miembro de acogida, de manera que las restricciones a la libre prestación de servicios en el marco del desplazamiento transfronterizo de trabajadores también deben medirse de acuerdo con los preceptos pertinentes del Tratado y, especialmente, con el artículo 49 de la CE.

Pudiendo consistir el desplazamiento de los trabajadores, al objeto de la protección deducida en aquella norma comunitaria:

- En la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de esta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios.
- En el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado.

Aquella norma comunitaria (Directiva 96/71/CE) no regula los aspectos relacionados con la entrada y residencia en el territorio del Estado miembro de acogida, de manera que las restricciones a la libre prestación de servicios en el marco del desplazamiento transfronterizo de trabajadores también deben medirse de acuerdo con los preceptos pertinentes del Tratado, especialmente con el artículo 49 de la CE y la Directiva 2006/23/CE, pero no con la Directiva 96/71/CE. No obstante lo cual habrá de considerarse:

- a) Que una medida incompatible con la Directiva 96/71/CE será *a fortiori* contraria al artículo 49 de la CE, puesto que esa Directiva tiene por objeto ejecutar, en su ámbito de aplicación específico, el contenido de dicho artículo ⁸⁸.
- b) Que, a la inversa, reconocer que una medida es conforme con la Directiva 96/71/CE no significa necesariamente que responda a las exigencias del artículo 49 de la CE.

Por otra parte según el artículo 3, apartado 1, letra a) de la Directiva 2006/123/CE, esta norma comunitaria no sustituye a la Directiva 96/71/CE, la cual, en caso de conflicto, prevalece sobre la mencionada en primer lugar. Del considerando decimotercero de la Directiva 96/71/CE se desprende que las legislaciones de los Estados miembros deben ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el Estado de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores ⁸⁹.

de la Directiva 96/71/CE, ya que esta no prevé ninguna armonización material. BORGMANN, B., "Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes", Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts, 1996, pág. 319, ve en la Directiva 96/71/CE una coordinación de las normas imperativas internacionales del Derecho del trabajo. En el punto 58 de sus conclusiones de 23 de mayo de 2007, presentadas en el asunto Laval un Partneri (C-341/05), actualmente pendiente ante el Tribunal de Justicia, el Abogado General Mengozzi declara que la Directiva 96/71/CE tiene por objeto coordinar las normas de conflicto de los Estados miembros para determinar el Derecho nacional aplicable a una prestación de servicios transfronteriza en un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores dentro de la Comunidad, sin armonizar las normas materiales de los Estados miembros relativas al Derecho laboral y a las condiciones de trabajo y empleo que afectan, en particular, a la cuantía del salario, o el derecho a recurrir a las medidas de conflicto colectivo».

⁸⁸ STJCE de 14 de abril de 2005, Comisión/Alemania, asunto C-490/04.

⁸⁹ STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, asunto C-341/05.

Entrando ya en el contenido de la Directiva 96/71/CE, la misma en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, dispone que los Estados miembros cuidarán de que, cualquiera que fuera la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas establecidas en otro Estado miembro, que desplacen trabajadores a su propio territorio en el marco de una prestación de servicios transnacional, garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo y empleo, relativas a las materias contempladas en ese mismo artículo, que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo ⁹⁰.

Efectivamente, bajo la rúbrica «condiciones de trabajo y empleo», el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE dispone que los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas (que desplacen trabajadores) garanticen a los trabajadores desplazados, en su territorio (esto es, antes el desplazamiento), las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas ya sea por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o por convenios colectivos ⁹¹ o laudos arbitrales declarados de aplicación general o aplicados *de facto* con esa generalidad, en la medida en que se refieran a los siguientes aspectos (ordenados por su importancia material, a los fines de este trabajo) de las relación laboral:

- Las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias. Semejante previsión no se aplica a los regímenes complementarios de jubilación profesional. Previéndose que la noción de cuantía de salario mínimo antes mencionado se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.
- Los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso.
- La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.
- La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas.
- Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino.
- Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes.
- La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

⁹⁰ STJCE de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, asunto C-490/04.

⁹¹ Bien entendido, como señala la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la Nota 37, del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007, «sin emprender una precisa valoración jurídica sobre la base de la Directiva 96/71/CE, DÄUBLER, W., "Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche recht", Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1977, pág. 615, y BORGMANN, B., "Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch EU-Unternehmen nach Deutschland", Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 1993, pág. 122, defienden la tesis de que no todas las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva aplicables a las empresas nacionales pueden aplicarse asimismo a prestadores de servicios procedentes de otros Estados miembros. El segundo de los autores ve incluso una clara discriminación de las empresas extranjeras en la aplicación imperativa a los contratos de trabajo extranjeros de convenios colectivos internos no declarados de aplicación general».

Además se establece en el mismo precepto que aquella Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las antes enumeradas en la medida en que se trate de disposiciones de orden público. Aquel precepto de la Directiva:

- a) «Permite a los Estados miembros ampliar el catálogo de regulación a otras condiciones de trabajo y empleo cuando las condiciones añadidas constituyan disposiciones de orden público».
- b) «También posibilita extrapolar los preceptos relativos a las condiciones de trabajo y empleo reguladas en los convenios colectivos y laudos arbitrales de aplicación general a otras actividades distintas a los trabajos enumerados en la propia norma comunitaria ⁹².

Especial importancia reviste la circunstancia de que la Directiva 96/71/CE admita que los Estados miembros puedan aplicar al prestador de servicios de un Estado miembro, que desplaza temporalmente trabajadores al territorio de otro Estado miembro, condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores que las contempladas en particular en su artículo 3, apartado 1, bien que dicha facultad deba ejercerse respetando la libre prestación de servicios garantizada en el artículo 49 de la CE ⁹³.

Efectivamente, la Directiva 96/71/CE se adoptó habida cuenta de que, con arreglo a la letra c) del artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituía uno de los objetivos de la Comunidad, que toda restricción en razón de la nacionalidad o la residencia estaba prohibida en el ámbito comunitario, y que la realización del mercado interior no solo ofrecía un entorno dinámico para la prestación transnacional de servicios (que requiere un clima de competencia leal) sino que también invitaba a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que trabajaban habitualmente.

⁹² Afirma la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 40 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007. El ámbito de aplicación de la Directiva se define en su artículo 1 en los siguientes términos: «1. La presente Directiva se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, según lo dispuesto en el apartado 3, en el territorio de un Estado miembro; 2. La presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante; 3. La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 adopten una de las siguientes medidas transnacionales: a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento».

⁹³ Destaca el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en las conclusiones 149, 150 y 151, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05.

Aquella transnacionalización de las relaciones de trabajo planteó de inmediato problemas sobre el Derecho aplicable a los contratos (de trabajo) y a la prestación misma del trabajo de los desplazados. Al respecto conviene precisar que Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁹⁴ que se rige por el principio de «aplicación universal»⁹⁵, establece en su artículo 3.1, como norma general, la libertad de elección de la ley por las partes⁹⁶, bien que semejante elección no pueda tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable a falta de semejante elección (art. 8)⁹⁷, ni privar a los trabajadores (desplazados) de las mejoras aplicables a su relación laboral en virtud de lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE.

⁹⁴ Que sustituye al Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980 (art. 23), sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma), y prácticamente lo reproduce. «Se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes» (art. 1). Bien que aun entrando en vigor a los 20 días de su publicación, efectuada el 4 de julio de 2008, solo se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (art. 28).

⁹⁵ Su artículo 2, titulado «aplicación universal» dispone lo siguiente: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro».

⁹⁶ Según su considerando 11 «la libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales»; indicando en su artículo 3 lo siguiente: «1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato; 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros; 3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo; 4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo; 5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirá por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13».

⁹⁷ Según su considerando 34, «la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios». Al tenor de su considerando 35, «los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio». Finalmente indica su considerando 36 que «por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal». El artículo 8 es del siguiente tenor: «1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo; 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de carácter temporal su trabajo en otro país; 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador; 4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 ó 3, se aplicará la ley de ese otro país».

Únicamente, a falta de la precitada elección, indica el Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I), el contrato se regirá, por la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo en ejecución del contrato, aun cuando se haya desplazado temporalmente a otro país o si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador⁹⁸. Todo ello añade el tratado internacional antes citado:

- a) Sin perjuicio de que surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de «orden público» (policía)⁹⁹ del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador, si bien las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el país de acogida no impiden la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo aplicables en el territorio del Estado miembro de origen y que sean más favorables a los trabajadores.
- b) Sin perjuicio de que, además, el proveedor de servicios deba observar un «núcleo duro» de disposiciones de protección, claramente definidas en la Directiva 96/71/CE, independientemente de la duración del desplazamiento del trabajador y de que los trabajadores puedan, en su caso, utilizar las medidas de conflicto colectivo pertinentes¹⁰⁰.

⁹⁸ A menos que del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de ese otro país.

⁹⁹ Bajo el título «Leyes de policía», su artículo 9 establece lo siguiente: «1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento; 2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro; 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

¹⁰⁰ La relación entre los derechos y obligaciones establecidos en la Directiva 96/71/CE y posibilidad de que los trabajadores (mediando en su caso sus organizaciones de defensa de intereses profesionales, o sindicatos) interpongan medidas de conflicto colectivo, en defensa de sus condiciones laborales, puede enunciarse de la siguiente manera: a) La Directiva 96/71/CE no se opone a que las condiciones de trabajo (referidas en su art. 3) previstas en la legislación de un Estado miembro o determinadas mediante convenio colectivo aplicable (de hecho o de derecho) a las empresas nacionales, se haga o pretenda hacerse extensiva frente a un prestador de servicios extranjero, que desplaza temporalmente trabajadores, mediante el ejercicio del derecho reconocido a las organizaciones de trabajadores de adoptar medidas de conflicto colectivo, inclusive cuando dicho prestador está ya vinculado por un convenio colectivo celebrado en el Estado miembro de su establecimiento; b) Para que las condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las contempladas en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 96/71/CE, previstas por un convenio colectivo aplicable, de derecho o de hecho, a las empresas nacionales, puedan imponerse a un prestador de servicios extranjero mediante el ejercicio del derecho de acción colectiva (reconocido a los trabajadores y/o a sus organizaciones profesionales) en un Estado miembro, aquella Directiva 96/71/CE exige que tales condiciones constituyan disposiciones de orden público, en el sentido de su artículo 3, apartado 10. De ser así, la sujeción de un prestador de servicios extranjero a dichas condiciones debe, en cualquier caso, respetar las exigencias que impone el artículo 49 de la CE; c) No están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE y deben, por lo tanto, examinarse a la luz del artículo 49 de la CE las condiciones, distintas de las relativas al trabajo y al empleo, previstas por un convenio colectivo aplicable, de derecho o de hecho, a las empresas nacionales y que pudiera verse obligado a suscribir un prestador de servicios extranjero que desplazase temporalmente trabajadores, como consecuencia de la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de las organizaciones (sindicales) de trabajadores del país de desplazamiento.

V. LA IMPOSICIÓN DE CONDICIONES LABORALES DISTINTAS DE LAS DIMANANTES DE LA DIRECTIVA 96/71/CE, POR RAZONES DE «ORDEN PÚBLICO». EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

Precisa la jurisprudencia comunitaria que a tenor del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 96/71/CE, los Estados miembros habrán de cuidar, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, que las empresas establecidas en otro Estado miembro y que desplacen trabajadores a su propio territorio en el marco de una prestación de servicios transnacional, garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo y empleo, relativas a las materias contempladas en el mismo artículo, que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo ¹⁰¹.

Para llevar a cabo esta misión, continúa indicando aquella jurisprudencia ¹⁰², la referida disposición prevé con carácter exhaustivo las materias en las que los Estados miembros pueden y deben, en su caso, hacer prevalecer las normas vigentes en el Estado miembro de acogida. Además, añade la misma jurisprudencia, el artículo 3, apartado 10, primer guión, de la Directiva 96/71/CE, reconoce a los Estados miembros la posibilidad de imponer, respetando el Tratado (constitutivo de la Comunidad Europea), de manera no discriminatoria a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio, condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1 de dicho artículo, en la medida en que se trate de «disposiciones de orden público», bien entendido que:

«La calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad («orden público») por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él» ¹⁰³.

Por consiguiente, afirma la indicada jurisprudencia comunitaria, que la cláusula citada de reserva de orden público:

- a) «Constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente».
- b) Que, en el contexto de la Directiva 96/71/CE, «constituye una excepción al principio según el cual las materias en las que el Estado miembro de acogida puede imponer sus normas a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio se enumeran, con carácter exhaustivo, en el artículo 3, apartado 1, primer párrafo, de dicha Directiva».
- c) Que debe «interpretarse en sentido estricto».

¹⁰¹ SSTJCE de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, asunto C-490/04, y de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, asunto C-319/06.

¹⁰² Vid. STJCE de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, asunto C-319/06.

¹⁰³ SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, y de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, asunto C-319/06.

Aquella disposición de la Directiva 96/71/CE depara al Estado miembro de acogida la posibilidad de imponer a las empresas que realicen un desplazamiento a su territorio las condiciones de trabajo y de empleo relativas a materias que no son las previstas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva, imperantes en su territorio, siempre que se trate de disposiciones de orden público. Por tanto, semejante facultad, prevista en el artículo 10, primer guión, de la Directiva 96/71/CE, constituye una excepción al sistema establecido por la indicada Directiva, así como al principio fundamental de la libre prestación de servicios sobre el que se funda la misma, cuya necesidad de interpretación ajustada a su tenor literal parece evidente.

Según la jurisprudencia comunitaria, si bien los Estados miembros siguen pudiendo determinar libremente, en lo esencial, de conformidad con sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público, no obstante en el contexto comunitario y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, dicho concepto debe interpretarse estrictamente, de manera que cada Estado miembro no puede determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad Europea ¹⁰⁴. De lo que se deriva lo siguiente:

- a) Que «el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» ¹⁰⁵.
- b) «Que el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» ¹⁰⁶.

Efectivamente el concepto de orden público constituye un «concepto autónomo del Derecho comunitario que codetermina el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales y, por lo tanto, debe definirse de forma autónoma y no inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos» ¹⁰⁷, «como tal, está sometido a la interpretación por parte del Tribunal de Justicia, de manera que los Estados miembros no podrán determinar su alcance unilateralmente sin sujeción al control de las instituciones de la Comunidad» ¹⁰⁸.

Semejante control comunitario no excluye la posibilidad de que circunstancias especiales justifiquen la invocación del concepto del orden público, de manera que, bajo ciertas condiciones, debe concederse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado ¹⁰⁹».

¹⁰⁴ STJCE de 14 de octubre de 2004, Omega, asunto C-36/02.

¹⁰⁵ SSTJCE de 28 de octubre de 1975, Rutili, asunto C-36/75; de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, asunto C-30/77; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, y de 10 de julio de 2008, Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București y Cheorghe Jipa, asunto C-33/07.

¹⁰⁶ STJCE de 14 de marzo de 2000, Église de scientologie, asunto C-54/99.

¹⁰⁷ STJCE de 23 de marzo de 1982, asunto C-53/81, y de 2 de abril de 1998, EMU Tabac y otros, asunto C-296/95.

¹⁰⁸ STJCE de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, asunto C-319/06.

¹⁰⁹ Precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 42 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007; *vid.* STJCE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn 41/74.

Debiéndose asimismo aceptarse, sin perjuicio de estos principios generales comunes, que es posible atribuir al concepto de orden público diferentes significados, que dependen de su ubicación sistemática en el Derecho comunitario y de la función de la respectiva norma ¹¹⁰.

Derivándose de todo ello la consecuencia siguiente:

«El concepto de orden público, según se perfila en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE, despliega la eficacia de una cláusula de excepción, dado que solo permite una ampliación del núcleo de normas de protección mínima garantizado por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE bajo determinadas condiciones» ¹¹¹.

Las razones que puede invocar un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libre prestación de servicios deben ir acompañadas de un examen de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su argumentación ¹¹².

Por consiguiente para que pueda apreciarse si determinadas medidas que pueda adoptar un Estado miembro son «necesarias y proporcionadas» en relación con el objetivo de salvaguardia del orden público, ese Estado miembro habrá de haber aportado datos que permitan demostrar la pertinencia de aquella excepción en relación con los trabajadores desplazados a su territorio, no siendo suficiente con que alegue de una manera general objetivos de protección de los trabajadores y de paz social sin aportar ningún otro elemento que permita evaluar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Esto es, los Estados miembros no pueden hacer un uso ilimitado de semejante autorización, debiendo respetar especialmente las libertades fundamentales afectadas, especialmente la libre prestación de servicios, y la finalidad perseguida con la Directiva 96/71/CE ¹¹³, tanto por la primacía del

¹¹⁰ Como afirma la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 43 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007, que precisa «este concepto se encuentra en numerosas disposiciones comunitarias, entre las que, en el plano del Derecho primario, han adquirido especial relevancia el artículo 30 de la CE, el artículo 39 de la CE, apartado 3, el artículo 46 de la CE, el artículo 55 de la CE y el artículo 58 de la CE, apartado 1, letra b), concebidos como "límites a las libertades fundamentales" que, bajo ciertas condiciones, permiten restricciones a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales garantizadas por el Derecho primario. Asimismo, el concepto de orden público es utilizado en el Derecho derivado bien como cláusula de excepción, bien como criterio interpretativo y de concreción». Vid. SCHNEIDER, H., *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Baden-Baden 1998, pág. 53.

¹¹¹ Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 43 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

¹¹² STJCE de 7 de junio de 2007, Comisión/Bélgica, asunto C-254/05.

¹¹³ Alude la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 41 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007, a FUCHS, M./MARHOLD, F., *Europäisches Arbeitsrecht*, 2.ª ed., Viena 2006, pág. 322, y a BÖRGMANN, B., «Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes» *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, pág. 316, quienes admiten la tesis de que los Estados miembros pueden debilitar la impopular competencia ejercida por empresas establecidas en Estados con bajos costes de mano de obra a través del «endurecimiento» de sus normas internacionales imperativas, bien que deban hacerlo respetando las prescripciones del Derecho comunitario; alude también aquella ilustre miembro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a GÖRRES, S., *Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU*, Viena/Graz 2003, pág. 122, según el cual el recurso al artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE exige que las condiciones de trabajo y empleo controvertidas del Estado miembro sean normas de orden público que no incumplan los preceptos del Tratado. Concluyendo aquella Abogada General que «los autores admiten, por lo tanto, que a la hora de recurrir al artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE deben respetarse ciertos límites, entre

derecho fundamental a la libre prestación de servicios, a cuya realización pretende contribuir la Directiva 96/71/CE (tal como se infiere de su quinto considerando), como por el principio de interpretación restrictiva de las excepciones a las libertades fundamentales ¹¹⁴.

La pertinencia de aplicar este último criterio interpretativo ha sido destacado, expresamente, en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia comunitaria que, respecto de semejante reserva de orden público, siempre ha destacado que constituye una excepción a los principios y libertades fundamentales atinentes a la libre circulación, y que, como todas las excepciones a los principios y libertades del Tratado, debe entenderse en sentido limitado o estricto, no pudiendo su alcance ser determinado por los Estados miembros unilateralmente.

Los requisitos exactos exigidos para recurrir a esta autorización, facultad o reserva excepcional de «orden público», fueron objeto de una precisa concreción, por la Declaración n.º 10 del Consejo y de la Comisión emitida con motivo de la adopción de la Directiva 96/71/CE, la cual estableció lo siguiente:

«Debe considerarse que la expresión "disposiciones de orden público" abarca las disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público» ¹¹⁵.

Consecuentemente, «nada se opone a una interpretación del artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE a la luz de esta Declaración (pues) según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una declaración que figure en el acta del Consejo en el momento de adoptarse una norma de Derecho derivado puede ser tenida en cuenta para su interpretación excepto cuando el contenido de la declaración no figure de modo alguno en el texto de la disposición de que se trata y por lo tanto carezca de relevancia jurídica alguna» ¹¹⁶.

A tal respecto, se precisa que «la Declaración n.º 10 (precitada) no (solo no) contradice el concepto de orden público, sino (que) más bien contribuye a determinar el contenido de la cláusula de excepción. Con su remisión a las «exigencias imperativas de interés general» (se adecua) asimismo (a) la jurisprudencia

los que necesariamente se encuentran no solo la libre prestación de servicios deseada sino también los objetivos propuestos por el legislador comunitario al aprobar la Directiva»; destaca asimismo la aludida Abogada General que el Abogado General Mengozzi, en el punto 212 de las conclusiones presentadas el 23 de mayo de 2007 en el asunto *Laval un Partneri*, defiende la tesis de que la pertenencia de las normas nacionales a la categoría de disposiciones de orden público o de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, tal como se desprende del artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE y de la jurisprudencia relativa al artículo 49 de la CE.

¹¹⁴ Afirma la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 41 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007; *vid.* SSTJCE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto C-67/74; de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto C-36/75; de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto C-30/77; de 19 de enero de 1999, *Calfa*, asunto C-348/96; de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01; de 31 de enero de 2006, *Comisión/España*, asunto C-503/03; de 27 de abril de 2006, *Comisión/Alemania*, asunto C-441/02, y de 7 de junio de 2007, *Comisión/Países Bajos*, asunto C-50/06.

¹¹⁵ Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 41 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

¹¹⁶ Señala la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en las conclusiones 44-45 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007; *vid.* SSTJCE de 23 de febrero de 1988, *Comisión/Italia*, asunto C-429/85; de 26 de febrero de 1991, *Antonissen*, asunto C-292/89; de 29 de mayo de 1997, *VAG Sverige*, asunto C-329/95, y de 3 de diciembre de 1998, *Generics (UK)* y otros, asunto C-368/96.

dencia desarrollada por el Tribunal de Justicia, aplicable también a los supuestos de desplazamiento transfronterizo de trabajadores, relativa a las barreras intrínsecas de las libertades fundamentales»¹¹⁷.

No siendo de recibo la imputación a dicha Declaración n.º 10 de su falta de publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, pues semejante circunstancia en absoluto merma su relevancia jurídica, toda vez que los Gobiernos, en calidad de representantes constitucionales de los Estados miembros representados, a su vez, en el Consejo tienen conocimiento de las declaraciones interpretativas emitidas por este órgano en el marco de cualquier procedimiento legislativo. Por consiguiente «debe admitirse el recurso a la Declaración n.º 10 como criterio de interpretación»¹¹⁸.

En conclusión, no debe permitirse a los Estados miembros exigir a las empresas establecidas en otros Estados miembros la observancia de todas las disposiciones vinculantes de su Derecho del trabajo. En aras de la más amplia realización posible de la libre prestación de servicios debe afirmarse que las únicas disposiciones que pueden considerarse «imperativas» son las condiciones de trabajo y empleo establecidas referentes las materias aludidas en el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, y aquellas otras de naturaleza laboral que, establecidas mediante ley, hayan asido declaradas de necesario cumplimiento al amparo de la excepción o reserva de «orden público», por resultar irrenunciables para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹¹⁹.

VI. OBSTACULIZACIÓN DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA, DERIVADOS DE LA IMPOSICIÓN DE ESPECIALES DEBERES Y OBLIGACIONES LABORALES, POR LA LEGISLACIÓN DEL PAÍS DE DESPLAZAMIENTO, A LOS EMPRESARIOS QUE DESPLAZAN TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. CONSIDERACIONES GENERALES

Para cualquier enjuiciamiento de las posibles distorsiones de la competencia y limitaciones de la libertad de prestación de servicios, derivadas de los derechos reconocidos por la legislación del

¹¹⁷ Precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 45 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

¹¹⁸ Véase nota anterior.

¹¹⁹ Siguiendo a la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 46 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007, que recurre, como doctrina en apoyo de su posición, a WOLFSGRUBER, C., *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Viena 2001, pág. 42, el cual, si bien no menciona la Declaración n.º 10, sin embargo sí mantiene que el concepto de orden público en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 46 de la CE, apartado 1, debe interpretarse restrictivamente, y que una ampliación de las condiciones de trabajo y empleo del Estado de acogida solo es, pues, posible si «existe una amenaza grave, real y suficiente para los intereses fundamentales de la sociedad»; también se apoya en DÄUBLER, W., *Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1977, pág. 615, el que señala que de ninguna manera se extienden a prestadores de servicios procedentes de otros Estados miembros todas las condiciones de trabajo derivadas de convenios colectivos que rigen para las empresas nacionales, al contrario, dice, de lo que se trata es del salario mínimo, de manera que otros conceptos, como, por ejemplo, el salario más alto de un trabajador especializado, los complementos habituales, un plan de pensiones de empleo, etc., no son tenidos en cuenta. De todo ello aquella Abogada General infiere que si bien la Directiva 96/71/CE pretende fijar un núcleo de normas mínimas de protección, al mismo tiempo quiere evitar en la medida de lo posible restricciones a la libre prestación de servicios basadas en consideraciones de orden público.

país de desplazamiento a los trabajadores que son desplazados, ha de partirse de que la inclusión de objetivos económicos y de objetivos sociales en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pone de manifiesto el propósito comunitario de conciliar ambas políticas. Efectivamente:

«Con arreglo al artículo 3 de la CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implica no solamente un "mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales", sino también "una política en el ámbito social". El artículo 2 de la CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover "un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas" y "un alto nivel de empleo y de protección social". Por tanto, dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 de la CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social»¹²⁰.

Aquel «sopesamiento» entre libertades económicas y derechos sociales requiere precisar, ante el protagonismo que el economicismo imperante otorga a las libertades económicas, que la protección de los derechos fundamentales que se garantiza en el ordenamiento jurídico comunitario determina que el respeto de los derechos sociales constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios, y que los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria deben respetar las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales sociales establecidos en el ordenamiento jurídico comunitario¹²¹. Bien entendido que la protección social de los trabajadores, como legítima finalidad de la Unión Europea, no debe servir de pretexto para la promulgación de disposiciones por los Estados miembros que dificulten la libre prestación de servicios.

La inexistencia, como es natural, de una disciplina normativa respecto a la «obstaculización de la libre prestación de servicios y distorsiones de la competencia, derivados de la imposición de especiales deberes y obligaciones laborales, por la legislación del país de desplazamiento, a los empresarios que desplazan trabajadores en la Unión Europea», obliga a la obtención de unos criterios generales en la «relación libre prestación de servicios-*versus*-imposición de obligaciones a prestadores de servicios/reconocimiento de derechos a trabajadores desplazados, por la legislación del país

¹²⁰ SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C- 438/05 (International Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti), y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 (Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet).

¹²¹ Según la Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl, conclusión 54 de las presentadas el 18 de marzo de 2004, en el asunto C-36/02, que añade en la conclusión 70, lo siguiente: «La negativa a que el Derecho comunitario se rija por los preceptos nacionales en materia de derechos fundamentales debe relativizarse de inmediato en la medida en que, por un lado, los derechos humanos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho en el Derecho comunitario agotan su contenido garantista (...), a su vez, en la fuente constituida por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, en particular, por el CEDH; por otro lado, el Tratado prevé una serie de justificaciones para establecer limitaciones a las libertades fundamentales que garantiza, de modo que, en última instancia, es posible tener en cuenta consideraciones procedentes del ordenamiento jurídico nacional en materia de derechos fundamentales».

de desplazamiento», así como en las «distorsiones de la competencia-*versus*- imposición de obligaciones a prestadores de servicios/reconocimiento de derechos a trabajadores desplazados, por la legislación del país de desplazamiento», obliga a considerar diferentes supuestos en los que se ha estimado que determinadas disposiciones nacionales se contraponían al ordenamiento jurídico comunitario. Bien entendido que semejante «toma en consideración» de disposiciones de los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros únicamente se efectúa cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de legislaciones nacionales que hayan impuesto deberes y obligaciones, en sede de relación laboral, a los empresarios que desplazan trabajadores al otro Estado miembro, que mejoren (en ocasiones lo hace de manera espectacular) la situación (especialmente económica) de los trabajadores.
- b) Que el amparo establecido por las legislaciones nacionales de los países de desplazamiento para imponer semejante mejora en la protección de los trabajadores desplazados, sea el «orden público nacional».
- c) Que, dada la naturaleza de las imputaciones efectuadas, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en torno a la vulneración del Derecho comunitario por los deberes/obligaciones impuestas y derechos reconocidos por la legislación del país de desplazamiento, puedan considerarse en perspectiva general, no constituyendo una «singularidad jurídica» de esa legislación nacional, sino que, *pari passu* y cambiando o que deba ser cambiado, puedan ser objeto de una reproducción virtual en cualquiera de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea ¹²².

VII. LA CUESTIÓN DE LAS POSIBLES DISTORSIONES A LA COMPETENCIA Y LIMITACIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, DERIVADAS DE LA IMPOSICIÓN DE LA ADAPTACIÓN AUTOMÁTICA DEL SALARIO DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS A LA VARIACIÓN DEL COSTE DE LA VIDA

Semejante exigencia, sin duda, está ajustada a un canon de razonabilidad, de sentido común (en sentido Popperiano), contribuye a la paz social y es deducible del respeto a la dignidad humana ¹²³. Por ello se trata de un punto que ha de tratarse con exquisito cuidado y en el que la solución adoptada por la jurisprudencia comunitaria es más trascendente de lo que pudiera deducirse de una primea lectura de la misma.

Precisa el Tribunal de Justicia comunitario que, mediante el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letra c), de la Directiva 96/71/CE, el legislador comunitario pretendió circunscribir la facultad de intervención de los Estados miembros, en lo que a los salarios se refiere, a las cuantías del salario

¹²² Vid. STJCE de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, asunto C-319/06.

¹²³ Vid. DWORKIN, D., *op. cit.*, especialmente págs. 33, 37 y 54.

mínimo. De ello resulta que cualquier norma nacional relativa a la adaptación automática de los salarios, distintos de los salarios mínimos, a la variación del coste de la vida no forma parte de las materias a que se refiere el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 96/71/CE ¹²⁴.

En este punto ha de efectuarse una reflexión acerca de qué se entiende por «salario mínimo». Para ello puede partirse de la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico, que en este punto es más o menos extrapolable a la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. En nuestro ordenamiento jurídico «la vigente definición de salario se sitúa en la última tendencia histórica al limitarse a la contraprestación por los servicios prestados e incluir el modelo de ofrecer una definición positiva y otra negativa» ¹²⁵, obedeciendo a determinados principios («suficiencia», «no discriminación», «percepción efectiva» y «transparencia salarial») ¹²⁶.

Debiéndose recordar «la naturaleza alimenticia que tienen los salarios, y la especial necesidad que puede presumirse en el trabajador» ¹²⁷, que se ve agudizada, en los tiempos que nos ha tocado vivir, dada su progresiva, larga y continuada pérdida de peso relativo en el PIB nacional, y por la importancia creciente del fenómeno inflacionario, con la consecuente penalización que implica para los salarios (especialmente para los más bajos), si estos no se adaptan al incremento del coste de la vida (inflación).

Momento en el que conviene recordar que nuestra Constitución «impone una serie de condicionamientos importantes a la ordenación jurídica del salario. Especialmente a través del reconocimiento del derecho social a la suficiencia de la remuneración (art. 35.1 CE), constituyendo un condicionante político-social a la función del salario» ¹²⁸.

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece del salario ¹²⁹ «un concepto aceptable, en términos generales, y mejora el anterior de la LCT 1944, aunque el adjetivo profesional, referido a la prestación de

¹²⁴ Vid. STJCE de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, asunto C-319/06.

¹²⁵ LLOPART BENNÀSSAR, M., «El Salario: Concepto, Estructura y Cuantía», *La Ley*, Madrid 2007, pág. 192.

¹²⁶ Vid. DE LA VILLA, L. E., «Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique De la Villa Gil-Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), CEF, Madrid 2006, págs. 966-969.

¹²⁷ STSJ de Navarra de 9 de mayo de 2006.

¹²⁸ En este sentido FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *Configuración Jurídica del Salario*, Editorial Comares, Granada 2001, pág. 188.

¹²⁹ Según el artículo 26 de la LET: «Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo. En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador; 2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos; 3. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa».

servicios, y tomado del Decreto 2380/1973, no contribuya sino a confundir»¹³⁰. Se trata de una «definición de un concepto jurídico relativo a un hecho institucional (*institucional facts*), con claro contenido normativo»¹³¹. Destacándose como nota sobresaliente de ese concepto «que bajo salario se incluye la totalidad de las percepciones»¹³² y «que al trabajo efectivo se equiparan los períodos de descanso computables como trabajo»¹³³.

Se trata de una definición «estipulativa y omnicompreensiva (...) anclada en el concepto de reciprocidad o sinalagmaticidad, pues enlaza causalmente el salario –salvo los períodos de descanso retribuidos– con la efectiva prestación de los servicios profesionales por cuenta ajena»¹³⁴, que no obstante puede y debe cuestionarse a la luz de la teoría de la «dualidad dimensional» del salario¹³⁵.

En su determinación el salario es obediente a los principios de autonomía negocial y legalidad, que aun cuando contrapuestos son concurrentes. Tratar sobre la importancia relativa de cada uno de ellos es pertinente a los efectos de poder enjuiciar la legitimidad y ajuste a la normativa comunitaria de cualquier normativa nacional que pretenda imponer la adaptación automática de los salarios o retribuciones a la variación del coste de la vida. Aquella concurrencia puede establecerse en los siguientes términos:

«El principio de legalidad en la determinación del salario se deduce de los términos literales del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. El artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, al regular el salario, establece que mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten (...). El empresario no puede de modo apriorístico y discrecional, mucho menos arbitrario, fijar el salario que tenga por conveniente, ni siquiera de los incentivos, y ello no solo porque la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1.256 CC), y porque las condiciones cuyo cumplimiento depende de una sola de las partes hay que tenerlas por cumplidas o por no existentes (*ex art. 115 CC*), sino porque la estructura del salario está sometida a un criterio básico de legalidad, y está tutelada jurisdiccionalmente»¹³⁶.

¹³⁰ DE LA VILLA, L. E., *op. cit.* (*Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*), págs. 969-970.

¹³¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, pág. 95.

¹³² DE LA VILLA, L. E., *op. cit.* (*Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*), pág. 970.

¹³³ DE LA VILLA, L. E., *op. cit.* (*Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*), pág. 970; «Esta configuración totalizadora de la noción de salario genera una presunción calificadora *iuris tantum* acerca de la naturaleza de las atribuciones patrimoniales realizadas por el empleador al trabajador. Para que una atribución quede fuera de la presunción legal habrá de quedar demostrada la naturaleza no salarial de tales partidas sobre la base de su «específica función objetiva», tratándose así de atribuciones estructuralmente contraprestacionales pero destinadas a satisfacer funciones de previsión, de asistencia social o restitutorias (indemnizaciones)», afirma FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, pág. 98.

¹³⁴ Véase nota 131.

¹³⁵ Una amplia referencia a esta teoría puede verse en FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, págs. 404 y ss.

¹³⁶ STSJ de Navarra de 13 de septiembre de 2007.

La ordenación legal del salario, según nuestro ordenamiento jurídico positivo, ha venido tradicionalmente diferenciando entre «salario base», que se refiere a la parte del «salario total» determinada atendiendo a la unidad de tiempo o de obra, y las cantidades que se denominan complementos salariales. En otras ocasiones se diferencia entre «salario base» y «complementos»¹³⁷. Pero el salario base no se confunde con el salario mínimo (interprofesional) salvo en el supuesto en que aquel fuera menor que este, supuesto en que se produce un efecto sustitución.

El salario base se define ordinariamente como la parte de la retribución ligada de forma global y abstracta a la prestación laboral del trabajador sin referencia alguna a las circunstancias en que la prestación del trabajo se lleva a cabo, «por consiguiente, esta percepción salarial es la contraprestación más conexas a la prestación del trabajo y, en consecuencia, viene concretada por referencia al encuadramiento profesional y a la jornada ordinaria.

De ahí que del salario base constituya la percepción económica que es objeto de menos variaciones a lo largo de la relación laboral»¹³⁸, y del que puede afirmarse que «es el elemento retributivo que uniformiza al grupo o categoría profesional; constituye (...) un concepto de cierre al que se deben asimilar todos aquellos conceptos que no encajen en alguno de los grupos de complementos mencionados legalmente; y sirva eventualmente de soporte para calcular ciertos complementos»¹³⁹.

Junto a esa ordenación legal coexiste la ordenación convencional del salario¹⁴⁰, en la que se modera la exigente «reciprocidad» legal, operando entre ambas regulaciones la relación jerárquica propia de las fuentes del derecho (laboral). «La noción legal pone de relieve cómo en principio puede considerarse salarial toda percepción del trabajador con origen o causa en su prestación laboral y en algunos casos, más ampliamente, en virtud de su relación contractual con el empresario.

Esa relación causal entre la prestación laboral-prestación salarial tiene una relativa «elasticidad». Es «una relación difícil de delimitar axiomáticamente en base a premisas genéricas y abstractas. A pesar de la existencia de una definición legal, la naturaleza salarial de cada atribución patrimonial es una cuestión a dilucidar en cada caso concreto, sirviendo la misma como pauta hermenéutica precisada de corrección en cada supuesto»¹⁴¹.

Se plantea de esta manera «el problema de trazar una distinción nítida entre aquella parte de la remuneración que asume una verdadera y auténtica función de cambio respecto de la prestación laboral de las que, incluso formando parte del salario, no se encuentran funcionalmente ligadas a la prestación laboral (...). En definitiva el carácter polifuncional de la obligación salarial determina un alargamiento de la figura del salario, que no viene equiparado estructuralmente a su estricto carácter de contraprestación del trabajo realizado. Nos encontramos así prestaciones salariales con forma y estructura salarial, pero que no responden a la función contraprestacional del trabajo realizado»¹⁴².

¹³⁷ STSJ de Navarra de 27 de julio de 2007.

¹³⁸ LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 377.

¹³⁹ LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 379.

¹⁴⁰ *Vid.* MERCADER UGINA, J., «Modernas tendencias en la ordenación salarial», Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 38-44.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, pág. 102.

¹⁴² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, págs. 107-108.

El resultado es que existe un concepto legal, general y uniforme, de salario ¹⁴³, adaptado convencionalmente, peculiar de cada convenio a considerar, que puede finalmente ser ajustado por vía contractual ¹⁴⁴. Aquella superposición lleva, en definitiva, a la noción de «salario real», que «no tiene una significación legal precisa en el ordenamiento español y su significación literal aludiría al salario efectivamente abonado frente a otro meramente nominal». Pero que «en la terminología usual en la práctica de las relaciones laborales» designa «el conjunto de remuneraciones retributivas, y no compensatorias, que percibe el trabajador por razón exclusiva del trabajo que realiza por cuenta ajena» ¹⁴⁵.

Ciertamente la diferencia entre «salario» y «salario real» no encuentra fundamento en el ordenamiento, pero puede precisarse en el convenio colectivo aplicable, pareciendo que «la interpretación correcta es que el "salario real" engloba todo lo que el trabajador devenga cada día, lo que incluye las pagas extraordinarias (y) "salario" sin otra adjetivación es, en contraposición a "real", algo menos pleno, esto es, el salario ordinario estricto» ¹⁴⁶.

Según en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letra c), de la Directiva 96/71/CE, los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo por lo que respecta, en particular, a las cuantías de salario mínimo, y los incrementos por horas extraordinarias ¹⁴⁷.

Ha de precisarse que no deben tenerse en cuenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, apartados 1, párrafo primero, letra c), y 7, párrafo segundo de la Directiva 96/71/CE, como conceptos que forman parte del salario mínimo, el salario por las horas extraordinarias, que ciertamente incrementan el «salario mínimo» pero no son «salario mínimo». Asimismo las cotizaciones a los regímenes complementarios de jubilación profesional, las cantidades abonadas en concepto de reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento y, finalmente, las cantidades a tanto alzado

¹⁴³ Según la SAN de 2 de abril de 2002: «Es cierto que, conforme a la jurisprudencia (así, STS de 9 de febrero de 1987), la fórmula utilizada por el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores al hablar de la "totalidad" de las percepciones supone una presunción *iuris tantum* de que todo lo que percibe el trabajador del empresario le es debido a aquel como salario. Pero tal presunción juega solo, lógicamente, cuando existe oscuridad o desconocimiento del título jurídico en virtud del cual se ha producido el pago (...). Lo que convierte en salario la percepción económica que el trabajador percibe del patrono es que el título jurídico de tal pago es la retribución "del trabajo efectivo o de los periodos de descanso computables como de trabajo". El pago, como negocio causal, solo es salarial si concurre la causa legal tipificada. Cuando en el párrafo 2.º del artículo 26 se indican retribuciones que no son salarios, no quiere decirse que todas las demás lo sean, sino solo que los títulos jurídicos de tales pagos no son asimilables al de trabajo efectivo, diferenciándose así este concepto de la retribución por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, por traslados, suspensiones o despidos, supuestos que sin la previsión de exclusión podrían resultar dudosos. La exclusión –que menciona también las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social– permite perfilar y acotar el concepto de retribución "del trabajo efectivo o descanso computable como de trabajo" que además no es el único elemento identificador del salario. Por ejemplo, las propinas no son salario, conforme a la jurisprudencia, aunque pudieran entenderse comprendidas en el concepto legal, porque el título retributivo, el ánimo remuneratorio del cliente, es distinto al del ánimo retributivo del empresario que caracteriza al salario».

¹⁴⁴ Vid. MERCADER UGINA, J., *op. cit.*, págs. 62-89.

¹⁴⁵ STS de 31 de enero de 1995 y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de febrero de 2005.

¹⁴⁶ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 16 de octubre de 2007.

¹⁴⁷ STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-341/02.

calculadas sobre la base de un criterio distinto del horario, pues ni son «salario mínimo» ni lo incrementan. Esto es, lo que debe tenerse en cuenta, en definitiva, es el importe bruto del salario ¹⁴⁸.

Consecuentemente con lo expuesto, la normativa comunitaria relativa a la libre prestación de servicios no se opone a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro, que realice una prestación de servicios en el territorio del primer Estado miembro, a pagar a sus trabajadores desplazados la retribución mínima fijada por las normas nacionales de dicho Estado ¹⁴⁹.

En nuestro ordenamiento pudiera discutirse cuál sea el alcance de la expresión «salario mínimo», en cuanto que con la misma se alude tanto al salario mínimo interprofesional, como al salario base (profesional), cuestión que debe dilucidarse a fin de poder determinar, con exactitud e inequívocamente, a cuál de los dos salarios «mínimos» se refiere la Directiva 96/71/CE.

El salario «mínimo» interprofesional, o «salario vital mínimo», se vincula a la dignidad humana y al carácter «social» del Estado. Actúa como «suelo de contratación a partir del cual los salarios profesionales y, en su caso, contractuales van a poder fijar cuantías que, al menos, deben ser iguales al mismo. Por debajo del salario mínimo interprofesional no se puede pactar la contraprestación de servicios por cuenta ajena, pues constituye una garantía de ingresos mínimos que asegura el nivel mínimo de subsistencia» ¹⁵⁰. Junto al salario mínimo interprofesional se alude al salario mínimo profesional, producto característico de la negociación colectiva, «son profesionales porque se aplican a una determinada rama de actividad, y mínimos porque el contrato de trabajo solo puede mejorarlos» ¹⁵¹.

La referencia de la norma comunitaria a las horas extraordinarias aboga por separarse del salario mínimo interprofesional y por situarse en el ámbito del salario mínimo profesional, bien que no estableciendo sin más una completa equivalencia, de tal manera que la alusión en aquella norma a las «horas extraordinarias», con claros síntomas de excepcionalidad, aboga a favor de la consideración como salario «mínimo» del «salario base».

No obstante, ha de insistirse en aquella indagación, pues si respecto a las demás condiciones de trabajo enunciadas en la Directiva 96/71/CE, artículo 3 (que conforman su «núcleo duro», del que «no pueden ser privados los trabajadores»), se han desarrollado acciones comunitarias, lográndose una aproximación de las legislaciones nacionales con prescripciones mínimas, no sucede lo mismo en relación con otros aspectos de los salarios y retribuciones, ni respecto del establecimiento de una

¹⁴⁸ STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-341/02.

¹⁴⁹ SSTJCE de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenne & Giral, asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81; de 28 de marzo de 1996, Guiot, asunto C-272/94; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96; de 15 de marzo de 2001, Mazzoleni e ISA, asunto C-165/98; de 24 de enero de 2002, Portugaia Construções, asunto C-164/99 y de 14 de abril de 2005, asunto C-341/02.

¹⁵⁰ LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 526.

¹⁵¹ LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 537; también MERCADER UGINA, J., *op. cit.* pág. 31, indica que «se ha venido entendiendo por salario mínimo aquel que actúa como "suelo de la contratación", convirtiendo en ilegal prestar trabajo de forma dependiente y por cuenta ajena por debajo del mismo. La existencia de un salario al que se atribuye la condición de mínimo tiene como obligada consecuencia que las restantes fuentes laborales de fijación del salario no pueden establecer uno inferior o de cuantía más baja, pero sí, naturalmente, uno superior o de cuantía más alta».

noción unívoca, ni de una cuantía uniforme, obediente a los mismos o semejantes parámetros cuantificadores, del salario «mínimo», materias en las cuales no existen aún disposiciones comunitarias de unificación ¹⁵².

Consiguientemente, la determinación del «salario mínimo», al que se refiere la Directiva 96/71/CE, no puede efectuarse con generalidad y uniformidad para todos los Estados miembros de la Unión Europea, sino que ha de efectuarse a la vista de cada concreto ordenamiento jurídico. En todo caso sí podemos y debemos hacer referencia, por utilidad ejemplificadora, a nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, con el salario («mínimo») debido al trabajador extranjero-comunitario desplazado a nuestro país en el ejercicio por su empresario del derecho a la libre prestación de servicios.

Al respecto puede afirmarse, en primer lugar, que la existencia, en nuestro sistema jurídico, de un salario mínimo profesional no excluye la operatividad «mínima», valga la redundancia, o «vital», del salario mínimo interprofesional, de tal manera que no se trata de dos nociones salariales alternativas sino acumulativas ¹⁵³. Esto es, que si existe salario convenio habrá de considerarse que el «salario mínimo» es el salario «base» convenio, en los términos ya vistos, incrementado, en su caso, con las horas extraordinarias (las que se excluyen de aquel concepto, en la Directiva 96/71/CE).

Si los trabajadores desplazados, no pudieran considerarse incluidos en ninguno de los convenios colectivos pertinentes a considerar, parece que habría de aplicarse el «acuerdo de cobertura de vacíos» concluido por los principales agentes sociales ¹⁵⁴. Únicamente para el caso excepcional en que aquel «acuerdo» colectivo no fuera aplicable, procedería tomar en consideración al salario mínimo interprofesional, que de esta manera asume la condición de «salario mínimo» a efectos de la Directiva 96/71/CE, la cual no por esta razón es bivalente, ni puede integrarse alternativamente en nuestro ordenamiento jurídico, sino que el mismo, en los términos vistos, se integra en un riguroso orden de fuentes jerarquizado.

¹⁵² Como se indica en la conclusión 76 de las presentadas en el 20 de septiembre de 2007, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en el asunto C-346/06.

¹⁵³ Indica MERCADER UGINA, J., *op. cit.*, pág. 39, que «el ejercicio de la autonomía colectiva y su formulación en convenios colectivos ha supuesto históricamente el instrumento más adecuado de fijación de salarios (...). Las normas colectivas sobre salarios permiten la uniformidad del tratamiento mínimo retributivo del sector o empresa y suponen también la adaptación, en cada concreto ámbito de aplicación de los pactos colectivos, de estructura retributiva marcada por la norma legal, en especial la cuantía del salario base y la determinación de los complementos salariales».

¹⁵⁴ Aprobado por resolución de 13 de mayo de 1997, de la Dirección General de Trabajo (BOE de 9 de junio de 1997), y concluido de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y, de otra parte, por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 90. Según el artículo 12 del precitado acuerdo: «1. La estructura salarial comprenderá un Salario Base de Grupo o salario de contratación, como retribución fija por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales; 2. En ausencia de Convenio el Salario Base de grupo será el acordado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, o, en su defecto, en el momento de la contratación. Tal concepto salarial podrá integrar muchos de los complementos actualmente existentes que se tengan derecho a percibir, configurándose como el salario mínimo que por todos los conceptos percibe el trabajador perteneciente a una empresa; 3. El salario base de grupo remunera tanto la jornada como los períodos de descanso en los términos en los que estos se encuentren establecidos mediante Convenio Colectivo o norma legal. El salario base de grupo en ningún caso podrá ser inferior al SMI en cómputo anual».

En nuestro sistema el convenio colectivo constituye «todo acuerdo relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, los representantes legales de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal), o, en determinados supuestos, una o varias organizaciones representativas de los trabajadores interesados, cuyos representantes hayan sido debidamente elegidos y autorizados por estos últimos»¹⁵⁵. Pudiendo atribuirse a los convenios colectivos una doble eficacia¹⁵⁶ (a pesar de ser tachada de construcción jurídica ya superada,) a saber:

- a) Obligacional [«las cláusulas obligacionales carecen de virtualidad normativa y de eficacia aplicativa inmediata (...) son compromisos asumidos por los negociadores como medio o instrumento para la puesta en práctica y la ejecución del convenio mismo, de manera que no trascienden a los derechos y obligaciones individuales de los trabajadores y empresarios afectados por el convenio colectivo»]¹⁵⁷.
- b) Normativa (las cláusulas normativas se integran por normas y reglas jurídicas que regulan las condiciones individuales de trabajo y que afectan a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito del convenio colectivo¹⁵⁸, incorporándose al cuadro de fuentes del Derecho del Trabajo).

Nada obsta a la existencia de «cláusulas que podrían calificarse tanto de normativas como de obligacionales, por afectar tanto al convenio como a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación

¹⁵⁵ Delimitación ajustada a lo establecido en el artículo 2.1 de la Recomendación núm. 91 de la OIT de 25 de junio de 1951, sobre Convenios Colectivos. El convenio colectivo también se denomina «contrato colectivo» en la Recomendación 91 de la OIT. La interpretación del artículo 37.1 de la CE se ha mantenido en la línea del artículo 3.1 y 2 de la Recomendación núm. 91 de la OIT, según el cual: «1. Todo contrato colectivo debería obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre el contrato. Los empleadores y los trabajadores obligados por un contrato colectivo no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo; 2. Las disposiciones en tales contratos de trabajo contrarias al contrato colectivo deberían ser consideradas como nulas y deberían sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo».

¹⁵⁶ Como indican las SSTC 58/1985, de 30 de abril, y 208/1993, de 28 de junio, y STS de 28 de abril de 1994, el que la negociación colectiva contribuya decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, como instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, limitando incluso algunos de estos para la efectiva promoción de aquellos, lo cual empero no supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni anular la autonomía individual, pues esta garantía de la libertad personal ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes. Tampoco significa que la autonomía individual, mediante el contrato de trabajo, no tenga un espacio propio, cuando no afecte al propio sistema de la negociación colectiva y no busque excluir la posibilidad de actuación de la voluntad colectiva constitucionalmente atribuida a los representantes legales de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal), a sindicatos y a otras representaciones colectivas de trabajadores utilizando masivamente la autonomía individual, ni un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión, al margen del alcance cuantitativo de la medida, por la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva.

¹⁵⁷ SAN de 5 de febrero de 1998. *Vid.* ROJAS MIÑO I., *Eficacia jurídica de los convenios colectivos*, Bancaixa, Vila-Real 1998, págs. 66-68.

¹⁵⁸ SAN de 5 de febrero de 1998. *Vid.* ROJAS MIÑO I., *op. cit.*, págs. 63-66.

del mismo, aunque no es menos cierto que las denominadas cláusulas mixtas poseen esta misma característica, esto es, la de tener como destinatarios a las partes contratantes y a los sujetos individuales y colectivos incluidos en el ámbito de aplicación del convenio»¹⁵⁹.

En relación con la eficacia normativa de los convenios colectivos conviene precisar que su integración en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias, «el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva»¹⁶⁰.

Nuestro sistema jurídico, complejo y exigente para la consecución de convenios colectivos con eficacia jurídica normativa¹⁶¹ llevó a la necesidad de reconocer, habida cuenta de la generosa interpretación del artículo 37.1 de la CE y del contenido atribuido al artículo 28.1 de la CE, la existencia y «eficacia vinculante», bien que no «normativa» de los convenios concluidos por medio de una negociación colectiva llevada a cabo al margen del procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores, denominados por ello convenios colectivos «extraestatuarios» y «acuerdos de empresa»¹⁶².

Es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional según la cual la negociación colectiva y los convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores no agotan la tipología de los convenios colectivos, sino que en el ámbito de tutela de la negociación colectiva caben otros pactos (convenios colectivos extraestatuarios), cuya eficacia normativa, por más que sea discutible, no se reconoce¹⁶³ al menos con la amplitud que requiere la Directiva 96/71/CE¹⁶⁴, bien que en concretos y excepcionales supuestos pudiese discutirse semejante afirmación.

¹⁵⁹ Como indica ROJAS MIÑO I, *op. cit.*, págs. 60-63, también debe aludirse a «cláusulas de configuración del convenio y a cláusulas mixtas».

¹⁶⁰ STC 58/1985, de 30 de abril de 1985.

¹⁶¹ Artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores: «Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia».

¹⁶² *Vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *Los convenios colectivos irregulares*, Consejo Económico y Social, Madrid 1998, especialmente págs. 17-27 y 143-149; GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid 1998; también GARCÍA JIMÉNEZ, M., *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada 2006.

¹⁶³ *Vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *op. cit.*, págs. 57-67.

¹⁶⁴ STS de 28 de junio de 1994, pero no lo es un Acuerdo Marco entre el Gobierno de una Comunidad Autónoma y sindicatos, de carácter ajeno a la propia negociación colectiva constituyendo un pacto de naturaleza programática o una declaración de principios susceptible de dar lugar a negociaciones concretas (STS de 30 de junio de 1998). Probablemente les conviniese mejor la denominación de «contratos colectivos»; el Tribunal Constitucional ha considerado que la eficacia jurídica normativa del convenio se deriva directamente del Constitución, considerando que: a) «La garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquellos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar de auxilio de técnicas de contractualización» (STC 58/1985, de 30 de abril de 1985); b) «Los Convenios Colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el artículo 37.1 de la CE constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una "fuerza vinculante" que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad, consecuencia de la proclamación de España como Estado

En nuestro sistema de relaciones laborales «el convenio colectivo crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y tiene eficacia normativa [arts. 37 CE y 3.1 b) y 82 ET] con atribución incluso de una extraordinaria eficacia *erga omnes*, y con un contenido dual como resultado de la negociación colectiva desarrollada por representantes de los trabajadores y de los empresarios y de su carácter de fuente de la obligación, de cuya naturaleza jurídica especial («híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato») con el doble efecto normativo y obligacional, en cuanto que funde en un todo unitario la fuente del derecho y la fuente de la obligación, han de obtenerse las lógicas consecuencias de la necesidad de velar por la observancia de sus mandatos e interpretarlos de análoga manera a como se hace con las leyes»¹⁶⁵.

La Directiva 96/71/CE precisa que por convenios colectivos de aplicación general se considerarán aquellos que «surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate, los correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos, y/o los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional, siempre que su aplicación (a las empresas que desplacen trabajadores, en el ejercicio del derecho a la libre prestación de servicios) garantice igualdad de trato por lo que respecta a las materias comprensivas del «núcleo duro» de la propia Directiva entre dichas empresas y las demás empresas que se hallen en una situación similar.

A la vista de semejante posición de la Directiva 96/71/CE y de las anteriores consideraciones efectuadas en torno a los convenios colectivos, ha de concluirse que únicamente gozan de la «eficacia general» demandada por la Directiva 96/71/CE, en nuestro ordenamiento jurídico, los convenios de ámbito superior a la empresa¹⁶⁶, debidamente publicados.

de Derecho y garantía esencial del principio de seguridad jurídica» (STC 151/1994, de 23 de mayo de 1994). Bien que en una posición más matizada la jurisprudencia constitucional haya afirmado que «el artículo 37.1 de la CE reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendado al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución, y que esa facultad negociadora debe entenderse sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca, dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 LET), lo que implica que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico, la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, (es) constitucionalmente legítima» (STC 92/1992, de 11 de junio de 1992); la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es diferente, bien que en ocasiones aluda a su «plena validez y fuerza vinculante» de los convenios colectivos extraestatutarios (STS de 24 de enero de 1997), y en otros supuestos se refiera a que su eficacia es limitada (SSTS de 22 de octubre de 1993, 17 y 22 de octubre de 1994 y 14 de diciembre de 1996). Puede concluirse que es su doctrina legal la que considera que los contratos, convenios o pactos colectivos extraestatutarios «carecen de una regulación legal propia y se rigen directamente por el artículo 37.1 de la Constitución Española y por las normas que el Código Civil dedica a los contratos (SSTS de 2 de febrero y 21 de junio de 1994), en concreto sus artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 (STS de 14 de diciembre de 1996), sin perjuicio de aplicar, en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de "concertos"» plurales. De ahí que la principal característica de estos pactos extraestatutarios estribe en que su ámbito personal de aplicación se limite a la empresa y a los trabajadores que (bien por sí mismos o bien a través del sindicato al que vienen afiliados) los concertaran inicialmente, así como a aquellos otros que en lo sucesivo se adhieran al concierto por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico, en este caso, como se ha dicho, fundamentalmente el Código Civil» (por todas, STS de 30 de marzo de 1999).

¹⁶⁵ STSJ de Navarra de 3 de julio de 2007.

¹⁶⁶ Aquí mantiene todo su interés la separación en las dos grandes categorías: a) empresariales; b) supra-empresariales; *vid.* STSJ de Navarra de 10 de octubre de 2005; *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. *La estructura de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2000, especialmente págs. 224-320.

Sin que su «afectación general» predicable de aquellos convenios colectivos se vea desmerecida porque ordinariamente no se apliquen al personal de Alta Dirección (al estar excluidos de la negociación por no ser electores ni elegibles en las elecciones a los órganos de representación de los trabajadores), porque también (bien que excepcionalmente) pueda resultar excluido de su ámbito de aplicación el personal de «alto nivel»¹⁶⁷, porque no incluyan en su campo de aplicación a los funcionarios públicos, ni al personal con relación regulada por normas administrativas o al personal estatutario; ni tampoco a los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas (cuyas relaciones jurídicas están influenciadas por la atipicidad del «empresario», sujeto a los principios de legalidad y jerarquía, *ex* artículo 9 de la CE, por lo que las normas paccionadas son específicas para este personal), ni tampoco por la existencia de cláusulas de descuelgue salarial¹⁶⁸.

Como colofón de todo lo anteriormente expuesto ha de afirmarse que el salario mínimo al que tiene derecho el trabajador desplazado a España en el marco de una prestación de servicios por el empresario del que depende, nacional y residente en otro Estado miembro, es el salario base establecido en el convenio colectivo, de ámbito superior a la empresa, debidamente publicado, y que resulte de pertinente aplicación en línea de correspondencia con la actividad desarrollada en nuestro país. En el supuesto de que no existiera o no pudiera determinarse el convenio colectivo aplicable habrá de estarse al «acuerdo de cobertura de vacíos» y solo en el excepcional supuesto de que ninguna de aquellas normas pudiera aplicarse procederá tener en cuenta el salario mínimo interprofesional.

Debiendo concluirse, a la luz de la Directiva 96/71/CE, que cualquier mecanismo o sistema de adaptación automática de los «salarios» o «retribuciones» que la legislación de un Estado miembro imponga con carácter general, y por lo tanto se aplique a los salarios o retribuciones de los trabajadores desplazados por empresarios de otros Estados miembros a su territorio, será ordinaria y generalmente conforme a la Directiva 96/71/CE, y por tanto debe considerarse que semejante «adaptación automática» no limita la libre prestación de servicios ni produce distorsiones de la competencia. Asimismo parecer que ni siquiera puede hacerse cuestión de la legitimidad y adecuación de la Directiva 96/71/CE, en cuanto a las cláusulas de adaptación automática de los salarios al coste de la vida incluidas en los convenios colectivos.

Solo excepcionalmente y con respecto a determinadas y concretas partidas salariales se podrá cuestionar la legalidad de semejante adaptación automática para los trabajadores desplazados. En todo caso y aun respecto de la posibilidad de que determinadas y concretas partidas salariales pudieran considerarse al margen de la adaptación automática, habría de cuestionarse si ello no vulneraría el principio de igualdad (que aplicable al salario, en virtud de una constante jurisprudencia comunitaria, determina que «a igual trabajo o a trabajo del mismo valor, igual salario»¹⁶⁹), cuestión en la que no procede entrar baste con dejarla indicada.

¹⁶⁷ SSTs de 16 de octubre de 1978 y 17 de febrero de 1983; SAN de 23 de abril de 1992.

¹⁶⁸ *Vid.* MERCADER UGINA, J., *op. cit.*, pág. 49-55.

¹⁶⁹ STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, Defrenne II, en la cual ya se estableció lo siguiente: «Este principio (refiriéndose a que un trabajo al que se atribuya igual valor debe ser retribuido de la misma manera, con independencia de quién lo realice), que constituye una expresión específica del principio general de igualdad que exige que no se trate de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que ese trato esté objetivamente justificado, forme

VIII. LIMITACIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y ALTERACIONES DE LA COMPETENCIA, CAUSADAS POR LA EXIGENCIA DEL DERECHO NACIONAL AL QUE SE DESPLAZAN LOS TRABAJADORES, DE QUE SU RELACIÓN LABORAL CONSTE EN UN CONTRATO DE TRABAJO POR ESCRITO O MEDIANTE UN DOCUMENTO EQUIVALENTE

Respecto a la posible exigencia a los empresarios que desplazan trabajadores a un Estado miembro, en el marco de la ejecución de una prestación de servicios, de un contrato de trabajo escrito o de documento equivalente, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 91/533/CEE, por la legislación del país de desplazamiento, ha de partirse de que la aprobación de aquella norma comunitaria, tuvo como objeto:

- La armonización de las normas relativas a la forma de las relaciones de trabajo aprobadas por algunos Estados miembros ante la creciente diversificación de estas y con el fin de proteger a los trabajadores del desconocimiento de sus derechos.
- Una configuración transparente de estas relaciones de trabajo, y de su contenido.

En principio, no incumbe al Estado de recepción de los trabajadores desplazados el control de la observancia de las disposiciones de la Directiva 91/533/CEE. Efectivamente, entre los deberes que incumben a todos los Estados miembros, a tenor de aquella Directiva, se encuentra los relativos a establecer un sistema de control y acreditación o prueba por parte de cada empresario, respecto de los trabajadores a su servicio:

- De haber cumplido con su obligación de informar por escrito a los trabajadores sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral (art. 2, apartado 1, en relación con el art. 3, apartado 1).
- De haber informado, a los trabajadores que va a desplazar a otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios, de las condiciones de su desplazamiento al extranjero (art. 4, apartado 1).

El empresario solo cumple con tales obligaciones cuando expide los documentos con las informaciones necesarias y se los entrega al trabajador antes de su partida. Como se indica en el segundo

parte de los fundamentos de la Comunidad». Especialmente significativa al respecto es la STJCE de 26 de junio de 2001, Susana Brunnhofer contra el Bank der österreichischen Postsparkasse AG, asunto C-381/99; el mismo principio está establecido por nuestra jurisprudencia constitucional según la cual: a) El principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no solo cuando existe identidad de trabajo, sino cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor (STC 286/1994); b) El principio de igualdad de remuneraciones, con exclusión de todo trato discriminatorio, implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, que mencionadas concretamente unas y aludidas otras, en la genérica fórmula con la que se cierra el artículo 14 de la CE, son susceptibles de generar situaciones de discriminación (STC 74/1998).

considerando de la Directiva 91/533/CEE, la necesidad de someter las relaciones laborales a semejantes requisitos formales es primordial tanto para proteger en mayor grado a los trabajadores por cuenta ajena contra una posible falta de reconocimiento de sus derechos, como para garantizar una mayor transparencia del mercado de trabajo.

Se desprende asimismo del artículo 9, apartado 1, de dicha Directiva que los Estados miembros han debido adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esa misma Directiva. Como resulta de artículo 4, apartado 1, de aquella Directiva, y por consiguiente:

- En virtud de la legislación del Estado miembro en el que están establecidos, todos los empresarios, incluidos los que desplacen a trabajadores, están sujetos a las obligaciones establecidas en dicha Directiva.
- Es el Estado miembro del que son originarios los trabajadores desplazados el que debe garantizar el cumplimiento de la exigencia.
- Una disposición de un Estado miembro que someta a las empresas que desplazan trabajadores a ese Estado miembro a una obligación a la que ya están sujetas en el Estado miembro en que se hallan establecidas, es redundante además de contrariar el contenido de la Directiva 91/533/CEE.

Ciertamente la Directiva 96/71/CE no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación (o los convenios colectivos y laudos arbitrales, de aplicación general legal o fáctica), a cualquier persona que efectúe un trabajo por cuenta ajena, aun cuando sea temporal, en su territorio, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del empresario.

No obstante semejante facultad está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que se halla establecido¹⁷⁰. Afirmación efectuada que se refuerza cuando al Tribunal de Justicia comunitario afirma lo siguiente:

«La libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, solo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido»¹⁷¹.

¹⁷⁰ STJCE de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo, asunto C-445/03.

¹⁷¹ SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y 376/96, y de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98.

IX. BARRERAS A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y A LA LIBRE COMPETENCIA, ORIGINADAS POR LA OBLIGACIÓN IMPUESTA A LOS EMPRESARIOS QUE DESPLAZAN TRABAJADORES A OTRO ESTADO MIEMBRO, EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL DE SERVICIOS, DE SUJETARSE A LAS DISPOSICIONES NACIONALES VIGENTES EN EL PAÍS DE DESPLAZAMIENTO, REFERIDAS AL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y POR TIEMPO DETERMINADO

Imponer a los empresarios que desplazan trabajadores, en el marco de una prestación de servicios, la observancia de la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado, allí establecida, respecto de los trabajadores desplazados a ese Estado miembro, «no es susceptible de clasificación en ninguna de las categorías enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE, sino que va más allá del núcleo de condiciones de trabajo y empleo comunitarias.

Pretender apoyar semejante exigencia en la autorización recogida en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE, no supera el examen del concepto de orden público en el sentido de la Declaración n.º 10, del Consejo y de la Comisión emitida con motivo de la adopción de la Directiva 96/71/CE, cuyo contenido refleja, en esencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 49 CE ¹⁷².

Efectivamente, según reiterada jurisprudencia comunitaria, el artículo 49 de la CE no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del empresario establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos ¹⁷³.

Para poder considerar una regulación nacional de trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado de «restrictiva de la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 de la CE, es suficiente que esta regulación sea más estricta que la aplicable en el Estado desde el que se desplazan los trabajadores, y, por lo tanto, haga menos interesante la prestación de servicios en (un Estado miembro) para las empresas extranjeras (domiciliadas en, o nacionales de, otro Estado miembro)» ¹⁷⁴.

Es jurisprudencia reiterada comunitaria que la libre prestación de servicios constituye un principio fundamental del Tratado y, como tal, únicamente es susceptible de limitarse «mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empre-

¹⁷² Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 55 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

¹⁷³ SSTJCE de 25 de julio de 1991, Säger, asunto C-76/90; de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, asunto C-43/93; de 28 de marzo de 1996, Guiot, asunto C-272/94; de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede, asunto C-3/95; de 9 de julio de 1997, Parodi, asunto C-222/95; de 24 de enero de 2002, Portugaia Construções, asunto C-164/99; Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 56 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007 y STJCE de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania, asunto C-244/04.

¹⁷⁴ Indica la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 56 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

sa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido»¹⁷⁵.

Pretender justificar semejante imposición en que mediante la misma se persigue el respeto a la igualdad de trato y de retribución de los trabajadores, es decir, el objetivo legítimo comunitario de la protección de los trabajadores, no es atendible, porque en virtud del artículo 2, apartado 1, de las Directivas 97/81/CE y 1999/70/CE, corresponde a los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dichas Directivas.

Además, «del hecho de que el legislador comunitario no haya incluido el objeto de regulación de las mencionadas Directivas, es decir, la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE, se infiere precisamente que este ámbito del Derecho del trabajo comunitario no forma parte del orden público de la Comunidad».

Esto es, las Directivas 97/81/CE y 99/70/CE constituyen actos legislativos comunitarios a cuyo contenido, consiguientemente, todos los Estados miembros deben adaptar sus respectivos ordenamientos jurídicos. Esto quiere decir a la postre, lo siguiente:

«Que los intereses recogidos en dichas regulaciones ya están protegidos mediante preceptos a los que queda sometido el prestador de servicios en el Estado miembro en el que está establecido»¹⁷⁶, siendo, por consiguiente, repetitiva y contraria a la libre prestación de servicios que las mismas exigencias se establezcan por el Estado miembro de destino, respecto de los trabajadores desplazados.

X. EFECTOS DISUASORIOS DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y PERTURBACIONES DE LA COMPETENCIA, CONSECUENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE CONCRETAS CARGAS ADMINISTRATIVAS Y DEL DEBER DE DESIGNAR UN MANDATARIO *AD HOC* EN EL PAÍS DE DESPLAZAMIENTO, A EFECTOS DE COMPROBAR EL CUMPLIMIENTO POR LOS PRESTADORES QUE DESPLAZAN TRABAJADORES A ESE ESTADO MIEMBRO, DE SUS DEBERES Y OBLIGACIONES LABORALES

La imposición por un Estado miembro a los empresarios que, en aras de la libre prestación de servicios, desplazan trabajadores a ese Estado miembro, de cargas administrativas, con sus secuelas económicas, puede constituir una relevante limitación a la libre prestación de servicios.

¹⁷⁵ Vid. SSTJCE de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, y de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96. Extremo en el que insiste la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 57 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

¹⁷⁶ Establece la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 59 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007.

En todo caso, y como primer condicionamiento de la imposición de cargas y trámites administrativos a los empresarios domiciliados en otros Estados miembros, está el que solo pueden considerarse justificadas si redundan en claros, y no meramente hipotéticos, beneficios para los trabajadores desplazados.

Si a eso se añade exigencia de designar un mandatario en el que se depositen los documentos a los que se refieren las cargas administrativas, que tenga residencia en el Estado miembro al que se desplaza a los trabajadores, estamos ante un conjunto de medias que pueden disuadir a los empresarios de prestar servicios en ese Estado miembro.

No parece que pueda constituir justificación para tal restricción a la libre prestación de servicios, la necesidad de permitir un control efectivo por la Administración pública competente (Inspección de trabajo/*Inspection du travail*) del cumplimiento de la normativa laboral.

Sin que obste a tal afirmación el que la jurisprudencia comunitaria tenga declarado que la protección eficaz de los trabajadores puede exigir que estén disponibles determinados documentos (únicamente determinados y concretos documentos), en el lugar de la prestación del trabajo o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida a disposición de las autoridades de ese Estado competentes para realizar la labor inspectora ¹⁷⁷.

En relación con la obligación de tener disponibles y conservar determinados documentos en el domicilio de una persona física domiciliada en el Estado miembro de acogida, que los posea como mandatario o encargado del empresario que lo haya designado, incluso una vez que el empresario haya dejado de ocupar a trabajadores en ese Estado, tiene declarado el Tribunal de Justicia comunitario lo siguiente ¹⁷⁸:

- a) Que no basta, para justificar tal restricción a la libre prestación de servicios, que la existencia de tales documentos en el territorio del Estado miembro de acogida pueda facilitar, en general, el cumplimiento del deber de inspección de las autoridades de ese Estado.

¹⁷⁷ STJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96. Como precisa la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, en la Nota 45 del escrito presentado en el asunto C-319/06, el 13 de septiembre de 2007, «en la sentencia Arblade el Tribunal de Justicia resolvió sobre la conformidad con el Derecho comunitario de una normativa nacional que obligaba al empresario que actuaba como prestador de servicios en el sentido del Tratado, a pagar cotizaciones patronales al Fondo del Estado miembro de acogida, además de las cotizaciones que ya hubiera pagado al Fondo del Estado miembro en el que estaba establecido. El Tribunal de Justicia declaró que tal normativa constituía una restricción a la libre prestación de servicios, ya que tal obligación llevaba consigo gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que estas no se encontraban en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida, lo que las podía disuadir de prestar servicios en este Estado miembro (el mismo pronunciamiento se efectúa en la) sentencia Finalarte, que se remite a su vez a la sentencia Mazzoleni. En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que la aplicación de las normas nacionales del Estado miembro de acogida en materia de salarios mínimos a los prestadores de servicios establecidos en una región de otro Estado miembro fronteriza con el primer Estado puede dar lugar, por un lado, a cargas administrativas adicionales desproporcionadas, cuando el cálculo de la retribución de los trabajadores que solo se desplazan por horas al Estado de acogida, debe hacerse separadamente».

¹⁷⁸ STJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96.

- b) Que es preciso asimismo que tales autoridades no puedan cumplir de una manera eficaz su deber de inspección si la empresa no dispone, en dicho Estado miembro, de un mandatario o encargado que conserve los referidos documentos. Añadiendo que la obligación de conservar documentos impuesta a una persona física domiciliada en el territorio del Estado miembro de acogida carece de justificación.

Efectivamente, como precisa aquella jurisprudencia comunitaria, incluso la mera designación de un trabajador presente en el lugar de la prestación de servicios, con el cometido de poner a disposición de las autoridades nacionales competentes los documentos necesarios para realizar la labor inspectora, constituiría una medida menos restrictiva de la libre prestación de servicios y tan eficaz como la obligación de nombrar un mandatario específico.

En el fondo de aquella objeción del Alto Tribunal comunitario late la consideración de que el sistema organizado de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros previsto en el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE hace superflua la conservación de tales documentos en el Estado miembro de acogida una vez que el empresario ha cesado de ocupar en él a trabajadores (sin que puedan suscitarse dudas en cuanto a la eficacia de tal sistema organizado de cooperación o de intercambio de información entre Estados miembros).

Siendo así que no se puede exigir a las empresas que desplazan trabajadores a otro Estado miembro que hagan lo necesario para conservar dichos documentos en el territorio al que desplazan a los trabajadores al término de la prestación de los servicios, consecuentemente tampoco puede exigirse que un mandatario residente en el Estado de desplazamiento de los trabajadores conserve esos mismos documentos, en la medida en que, dado que la empresa afectada está presente físicamente en el territorio de ese Estado miembro durante la prestación de los servicios, los documentos en cuestión pueden quedar en poder de un trabajador desplazado encargado de cuidar de su conservación.

XI. INEFICIENCIAS («COSTES DE TRANSACCIÓN») Y EFECTOS CONTRARIOS AL LIBRE MERCADO (OBSTACULIZACIÓN DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA), DERIVADOS DE LA DISPERSIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La «unidad es el *leitmotiv* de la Unión Europea. Solo en la medida en los Estados europeos progresen en el camino que conduce a la unidad podrán resolverse los problemas actuales. Muchos opinan que sin la integración europea, sin la Unión Europea, no podrán mantenerse ni asegurarse en el futuro la paz mundial, la prosperidad económica y el bienestar social. Hace tiempo que el desempleo, (y) el crecimiento insuficiente (...) han dejado de ser problemas que pueden resolverse exclusivamente a escala nacional. Solo en el marco de la Unión Europea puede establecerse un orden económico estable»¹⁷⁹.

¹⁷⁹ BORCHARDT, Klaus-Dieter, *op. cit.*, pág. 11.

Esa unidad, vigente indubitadamente en Europa el sistema de economía social de mercado, supone la existencia, real y efectiva, de un «mercado único» y no de un «mero mercado común». La supresión de los «costes de transacción» derivados de la coexistencia en el único y mismo mercado (definido en términos geográficos) de multitud de sistemas laborales distintos (tantos como Estados miembros), supondría eliminar importantes ineficiencias económicas que afligen al «mercado único europeo», lastrando el desarrollo económico de Europa y el bienestar de los europeos.

Efectivamente, «es necesario que los europeos se unan para llevar a cabo una política internacional que garantice»¹⁸⁰:

- a) Tanto «la competitividad de su economía»¹⁸¹.
- b) Como «los fundamentos sociales del estado de Derecho»¹⁸².

Lo que no se puede lograr sin unificar las legislaciones laborales y los costes salariales en los Estados miembros. Un mercado único sin «costes de transacción» laborales es requisito imprescindible para la cohesión interna de la Unión Europea, y solo con esa «cohesión interna, Europa (será) capaz de afirmar su independencia política y económica frente al resto del mundo, y de recuperar su influencia en la escena internacional y su protagonismo en la política mundial»¹⁸³.

Además únicamente con semejante unificación legislativa laboral, que ha de seguir la senda de los Estados miembros más avanzados, por más que puedan establecerse períodos más o menos largos para su aplicabilidad en aquellos Estados miembros con economías menos desarrolladas, obtendrá cumplido cumplimiento la afirmación de que:

«La Unión Europea no solo tiene una finalidad económica, sino también social.»

La Unión Europea no puede quedar reconducida a un club económico. Ese era precisamente el propósito del Mercado Común Europeo. Ya en la evolución desde aquel Mercado Común a la Comunidad Europea se vislumbró semejante cambio cualitativo, que aparecía más como una aspiración que como una realidad. Tras el Tratado de Lisboa no puede seguirse manteniendo semejante «estado de cosas» aunque «quede camino por andar», ni siquiera en el plano semántico pues con aquel Tratado desaparece la propia expresión «Comunidad Europea», y todo ello sin perjuicio de que la adopción de aquel Tratado de Lisboa deba ser recordado «como uno de los hitos menos ejemplares de la integración europea»¹⁸⁴.

En el sistema de economía social de mercado, que concilia economía y derechos, una y otros se condicionan mutuamente. Ciertamente jamás ha existido un sistema económico que funcionase al

¹⁸⁰ BORCHARDT, Klaus-Dieter, *op. cit.*, pág. 12.

¹⁸¹ Véase nota anterior.

¹⁸² Véase nota 180.

¹⁸³ Véase nota 180.

¹⁸⁴ DE AREILZA CARVAJAL, J. M.^a, *op. cit.*, pág. 36.

margen del sistema jurídico-político imperante. Lo peculiar del sistema de economía social de mercado es que concilia la economía de mercado con la libertad individual y la protección social. Posibilita la existencia de sistemas políticos democráticos y la existencia de las modernas «democracias» se vincula inexorablemente al mismo ¹⁸⁵.

Ciertamente en épocas históricas precedentes, el sistema de economía de mercado o capitalismo, inicialmente practicó el absentismo regulatorio del mercado, o la no intervención reguladora o normativa del poder político constituido (Estado) en todo lo atinente a la actividad económica, y consecuentemente en la definición o atribución de derechos laborales y sociales (condiciones de trabajo y salarios, y sistemas de protección social).

La demostrada incapacidad autorreguladora de aquel sistema llevó a trágicas consecuencias de todo orden, que desembocaron en posiciones filosóficas y doctrinas políticas extremadas que llegaron a pronosticar y propiciar su pura y simple desaparición (socialismos utópicos y anarquismo), bien su decadencia irrumpiendo los nacionalsocialismos (nazismo y fascismo), o bien su inevitable desaparición y sustitución por la sociedad comunista (socialismo científico o marxismo) que se impusieron en varios países empezando por Rusia.

El fracaso estrepitoso, la miseria, y el sufrimiento infringido a multitud de seres humanos, tiene límites insospechados y nunca vistos, por aquellos sistemas totalitarios y negadores de la libertad, la igualdad y la consiguiente dignidad de las personas, determinó que el sistema de libre mercado se mantuviese en las sociedades con más raigambre democrática, donde subsistieron los únicos sistemas políticos dignos de tal calificación.

Precisamente por el «imperio de la razón», que acompaña la libertad y en el que se fundamentan aquellos sistemas, tras un largo período de convulsiones sociales, acabaron imponiéndose correcciones no menores sino esenciales a ese sistema de economía de mercado o sistema capitalista, que acabó desembocando en lo que se conoce como sistema de economía social de mercado.

La Unión Europea, por su propia estructura, se encuentra, en el momento actual, ante una difícil problemática consistente en hacer compatible un «mercado único» emergente con una multitud de mercados locales o nacionales aún subsistentes, lo cual se ha conseguido, en buena medida. La cuestión está en que el referente teórico en que se basa el sistema de economía social de mercado está trufado de «economía clásica», que ha minusvalorado con infaustas consecuencias, entre otras

¹⁸⁵ Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, Ediciones Temas de Hoy, S.A., Madrid 1997, especialmente págs. 211, 295, 306, y que en pág. 455 indica «la tragedia está en el núcleo íntimo de la historia y de toda peripecia humana sobresaliente. Pero la democracia quiere, en realidad, curar la tragedia. Crear una historia racional y un comportamiento racional de los hombres. Y ello a partir de una violencia inicial, de una dosis de tragedia, pero superándola luego»; afirma DAHL, R. A., *La democracia y sus críticos*, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 1992, pág. 373, «la visión del proceso democrático (...) extiende las posibilidades humanas hasta su límite... o tal vez más allá. Es una visión de un sistema político cuyos miembros se consideran unos a otros iguales, son colectivamente soberanos y poseen todas las capacidades, recursos e instituciones para autogobernarse»; vid. GREPPI, A., *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Editorial Trotta, Madrid 2006, especialmente págs. 123 y ss. en donde alude a «democratizar la democracia», y págs. 167 y ss., en donde se refiere al «cambio de paradigma democrático», desarrollando sucintamente, pág. 170, el «giro deliberativo».

cosas, la importancia que tiene para un desarrollo socioeconómico progresivo, sostenible y «humano», la existencia un sistema de relaciones laborales ordenado, unificado, coherente y racional.

En tanto no se cambie esa perspectiva teórica la Unión Europea mantendrá una preocupante falta de protagonismo mundial, más o menos estancada en su desarrollo económico, y no cumplirá con su «finalidad social». Seguirá anclada en un «mercado común» con costes de transacción (laborales) preocupantes, distorsiones de la competencia y, a la postre, generando ineficiencias económicas, que en la medida en que se trasladan al plano de los derechos individuales y de las relaciones humanas se sienten como «injusticias», antesala de una problemática social y humana de envergadura que puede dar al traste con cualquier propósito de desarrollo sociopolítico.

Probablemente la clave de todo ello y la resolución de magno conflicto vaya más allá de la mera ordenación y unificación de los sistemas laborales inoperantes, dándose el paso que ya demanda la historia en Europa, del sistema de democracia representativa, vigente en la Unión Europea (y en todos los Estados miembros), al sistema de democracia deliberativa.