

## LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y RETRIBUCIÓN DEBIDA A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

[Comentario a la STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, Dirk Ruffert, que actúa como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG y Land Niedersachsen] \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho*

*Profesor Titular de Derecho Mercantil.*

*Universidad Complutense de Madrid*

*Ltrado de la Seguridad Social*

*Académico Correspondiente de la*

*Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

### **Extracto:**

LA concurrencia de operadores económicos (empresarios) de veintisiete (27 y 3 más candidatos) Estados soberanos, con acusadas diferencias de desarrollo económico, distintos sistemas de relaciones industriales y muy desiguales retribuciones salariales, en un mercado «común» a todos ellos, ha desvelado su punto más crítico cuando un empresario, nacional de un Estado miembro, ejercitando su derecho (fundamental comunitario) a libre prestación de servicios, en ese «mercado común», ha desplazado a sus propios trabajadores a otro Estado miembro (teniendo sus trabajadores salarios y demás condiciones de trabajo, empleo y protección social, muy inferiores a los vigentes en el Estado miembro al que son desplazados) generándose unas diferencias de costes injustificadas (en cuanto desigualdades injustas, basadas únicamente en la nacionalidad, y por ello proscritas por la propia Unión Europea), y una grosera conculcación del principio general del Derecho comunitario de que «un mismo trabajo o un trabajo de igual valor debe ser retribuido de la misma manera». Con grave daño en definitiva al sistema de libre mercado (al violentarse la ordenada y leal competencia), que es tanto como decir al interés general (en el progreso, desarrollo económico y mejora del estado de bienestar social).

.../...

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 303, junio 2008 o en *Normacef Social*.

.../...

Su manifestación ejemplar ha venido constituida por la pretendida vigencia normativa (propuesta «Bolkestein») de la cláusula del «país de origen» (condensada, con poca fortuna, en la expresión «el fontanero polaco»), que desató un pánico popular y generalizado a crisis empresariales y pérdidas de empleo, en los Estados miembros de la Unión Europea más desarrollados y prósperos y en los que los trabajadores disfrutaban de salarios comparativamente mucho más elevados y mejores condiciones de trabajo y sistemas de prestaciones sociales. Reacción «pánica» tan injustificada como virulenta, que, a la postre, incrementó el daño antes aludido, al impedir la aprobación de la proyectada Constitución Europea (la mejor oportunidad de construir políticamente Europa, desde el Imperio de Carlomagno), sumiendo a la Unión Europea en una crisis de identidad sin precedentes.

La armonización de los costes laborales más sobresalientes y al propio tiempo la protección de las retribuciones (dada «la naturaleza alimenticia que tienen los salarios, y la especial necesidad que puede presumirse en el trabajador») se ha procurado por una importante legislación comunitaria, que ha sido puesta a dura prueba con la culminación del sistema de libertades de circulación (de personas, trabajadores, mercancías y capitales) mediante la implantación de la libre prestación de servicios. La jurisprudencia comunitaria (de la que la sentencia objeto de comentario puede considerarse ejemplo) ha resuelto con razonable acierto el dilema «eficiencia económica»-*versus*-«estado de bienestar social» que subyacía a toda la polémica planteada. Ahora «solo» queda «construir Europa», tarea probablemente más de dioses que humanos (seres humanos), pero que es cuestión de supervivencia en un mundo globalizado, y en la que estamos empeñados a pesar del Tratado de Lisboa.

**Palabras clave:** libre competencia, trabajadores desplazados, libre prestación de servicios, libre circulación de personas, libre circulación de trabajadores, ciudadanos de la Unión Europea, extranjeros, derechos fundamentales, dignidad humana y salario.

# Sumario

- I. Introducción.
  
- II. Los derechos del trabajador extranjero-comunitario en el Derecho español.
  1. Amparo constitucional y derechos fundamentales del «ciudadano europeo-extranjero».
  2. La vinculación derivada de los tratados internacionales ratificados por España.
  3. Los derechos de los trabajadores desplazados según la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
  
- III. La libre prestación de servicios y la libre circulación de personas y de trabajadores en el derecho originario europeo.
  1. La libre prestación de servicios.
  2. La libre circulación de personas (trabajadores).
  
- IV. La libre prestación de servicios y el desplazamiento de trabajadores en el derecho derivado comunitario y otras normas internacionales.
  1. El desplazamiento de trabajadores según la Directiva 96/71/CE y el Convenio de Roma (I) sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.
  2. La libre prestación de servicios, según la Directiva 2006/123/CE.
  
- V. Salario del trabajador desplazado.
  1. El salario en el Derecho español.
  2. El salario «mínimo» debido al trabajador desplazado.
  3. Salario «mínimo» interprofesional y salario «mínimo» convencional.

4. El Salario «mínimo» a que tienen derecho los trabajadores comunitarios desplazados a nuestro país.

## VI. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con fecha 3 de abril de 2008 dictó sentencia en el asunto C-346/06, como resultado de petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberlandesgericht Celle (Alemania), que sustancialmente puede resumirse en los siguientes términos:

¿Está un empresario europeo, que ejerce su derecho fundamental a la libre prestación de servicios, obligado a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben prestarse tales servicios?

El Tribunal de Justicia comunitario da una respuesta ponderada a semejante interrogante, pero no por ello exenta de problemática, y que hace necesario su análisis desde una doble perspectiva. Por una parte, desde el derecho o libertad fundamental comunitaria a la libre prestación de servicios. Por otra parte, desde la protección dispensada por el Derecho comunitario a los trabajadores que son desplazados en el marco del ejercicio por su empresario del derecho fundamental a la libre prestación de servicios.

Aquella doble perspectiva revela que la cuestión no es ideológicamente neutra, sino que pone de manifiesto la tensión en que se desenvuelve el sistema actual de relaciones industriales que reproduce el marco heredado de la Revolución Industrial <sup>1</sup> y que supone la contraposición entre el «capital» y el «trabajo», en términos de intereses y de clases sociales en las conocidas tesis marxianas.

<sup>1</sup> Absolutamente superado, en términos económicos, en los que puede afirmarse que a la altura de la civilización del siglo XXI la gente no «entra» ya en el aparato productivo (no es un «activo» material o inmaterial) sino que «vale por lo que sabe y piensa».

En todo caso y sin entrar en semejante cuestión<sup>2</sup>, conviene recordar que la jurisprudencia comunitaria propende a la mitigación de semejante contraposición, teniendo declarado el Tribunal de Justicia que «con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letras c y j, la acción de la Comunidad implica:

- a) 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».
- b) Sino también «una política en el ámbito social».

Añadiendo el mismo Alto Tribunal comunitario que el artículo 2 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».

Aquella doctrina de la justicia comunitaria se recoge en sus recientes sentencias 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 Elektrikerförbunde)<sup>3</sup>, que conjuntamente con la que es objeto del

<sup>2</sup> «En el siglo XVIII no faltó la fe en el progreso como nueva forma de esperanza humana, y (se) 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 abatimiento 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 y, 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 de los instrumentos para el cambio radical fascinó y fascina todavía hoy de nuevo», precisa Benedicto XVI (Joseph Ratzinger) en la carta encíclica *Spe Salvi*, (publicada en el periódico *ABC*, del 6 de diciembre de 2007) epígrafe «La transformación de la fe-esperanza cristiana en el tiempo moderno», punto 20; Sobre la Ilustración *vid.* PALACIO ATARD, V., *Manual de Historia Universal*, T. III, Edad Moderna, Espasa-Calpe, S.A, Madrid 1959, págs. 606-627 y 645-661. Acerca de la prestación del trabajo a lo largo de la historia, *vid.* ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 1995 (5.ª edición). Una perspectiva sobre «las desastrosas condiciones de trabajo y su repercusión en la población obrera», durante la Revolución Industrial, en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Seguridad e Higiene en el Trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Consejo Económico y Social, Madrid 1997, págs. 47-60. También en GALBRAITH, J.K., *Historia de la Economía*, ARIEL, Barcelona 1991 (5.ª edición), págs. 110-111

<sup>3</sup> Me remito a mi trabajo *Libertades Fundamentales (Libre Prestación de Servicios y Libertad de Establecimiento) y Medidas de Conflicto Colectivo*. «La comunidad no solo tiene una finalidad económica sino también social. (Comentario a las SS de 11 de diciembre de 2007, asunto C-248/05, Internacional Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, y de 18 de diciembre de 2007, asunto 341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska byggnadsarbetareförbundet, Svenske Byggnadsarvetareförbundets avdelning, Byggettan, Svenska Elektrikerförbunde)», en esta Revista, núm. 301, abril 2008, págs. 79 y ss.

presente comentario <sup>4</sup> conforman un cuerpo de doctrina suficiente e inequívoca relativa a los salarios y demás condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados en la Unión Europea, pudiéndose expresar su núcleo (argumentativo, conceptual e ideológico) en los siguientes términos:

«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 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.»

<sup>4</sup> El supuesto fáctico de la sentencia objeto de comentario, representado por los hechos del litigio principal, fue el que a continuación se relaciona. Tras una licitación, el Land Niedersachsen adjudicó en otoño de 2003 a Objekt und Bauregie un contrato de obras de estructura para la construcción del establecimiento penitenciario de Göttingen-Rosdorf. La cuantía del contrato ascendía a 8.493.331 euros, excluido el impuesto sobre el valor añadido. El contrato contenía el compromiso de observar los convenios colectivos y, más concretamente, el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo relativo a «Edificios y obras públicas». Objekt und Bauregie recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante. En el verano de 2004 surgieron sospechas de que dicha empresa había contratado en la obra a trabajadores por un salario inferior al previsto en el convenio colectivo «Edificios y obras públicas». Tras el inicio de las investigaciones, tanto Objekt und Bauregie como el Land Niedersachsen resolvieron el contrato de obras que habían celebrado. Este Land basó la referida resolución, en particular, en el hecho de que Objekt und Bauregie había incumplido la obligación contractual de atenerse a lo dispuesto en el convenio colectivo aludido, imputándose a la empresa subcontratista, establecida en Polonia, haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra únicamente el 46,57% del salario mínimo fijado. En primera instancia, el Landgericht Hannover declaró que el crédito que Objekt und Bauregie ostentaba en méritos del contrato de obras se había extinguido por compensación con la pena contractual, de importe 84.934,31 euros (es decir, el 1% del valor del contrato), a favor del Land Niedersachsen. Desestimó la demanda de dicha sociedad en todo lo demás. En sede de apelación, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia comunitario consideró que la resolución del litigio dependía de si aquel órgano jurisdiccional «estaba obligado a no aplicar la Ley del Land», en particular, su artículo 8, apartado 1, debido a que era más que cuestionable su compatibilidad con la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 CE. Según dicho órgano jurisdiccional los compromisos de atenerse a los convenios colectivos obligaban a las empresas constructoras de otros Estados miembros a adaptar los salarios pagados a sus trabajadores sobre la base de la retribución, normalmente más elevada, aplicable en el lugar de ejecución del contrato en Alemania. Tal exigencia redundaba en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se derivaba a su favor de los costes salariales más bajos. Por lo tanto, la obligación de respetar los convenios colectivos, indicaba el órgano jurisdiccional citado, representaba un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. Además ese órgano jurisdiccional albergaba también dudas en cuanto a si el compromiso de observar los convenios colectivos podía justificarse por razones imperiosas de interés general. Más concretamente, consideraba que tal compromiso iba más allá de lo necesario para la protección de los trabajadores. Lo necesario para dicha protección, precisaba, estaba delimitado por el salario mínimo obligatorio que, en Alemania, resultaba de la aplicación de la Ley sobre el desplazamiento de los trabajadores (Arbeitnehmer-Entsendegesetz), de 26 de febrero de 1996 (AEntG). Para los trabajadores extranjeros, el compromiso de observar los convenios colectivos no permitía alcanzar la igualdad efectiva entre estos y los trabajadores alemanes, sino que impedía contratar a los trabajadores procedentes de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania en el territorio de este Estado, ya que su empresario no podía hacer valer su ventaja en el coste con respecto a la competencia. Considerando que la resolución del litigio de que conocía exigía la interpretación del artículo 49 CE, el Oberlandesgericht Celle decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios en virtud del Tratado CE el hecho de obligar legalmente a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que al licitar se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben prestarse tales servicios?».

El resultado de ese «sopesamiento» o «justo equilibrio» entre los objetivos buscados mediante la proclamación como derechos fundamentales comunitarios de las libertades de circulación (especialmente la libre prestación de servicios) y los objetivos de política social, resulta, según la jurisprudencia comunitaria, subordinado en todo caso al respeto y protección de los «derechos humanos», entre ellos el de igualdad retributiva (proyección del de igualdad ante la ley<sup>5</sup>), que así se muestran inmunes a los excesos del «economicismo» imperante.

Libre prestación de servicios y desplazamiento de trabajadores, aun en el seno de la Unión europea, hacen referencia al «extranjero» (por más que reiteradamente se aluda a la ciudadanía europea<sup>6</sup>) dada la persistencia de la división de Europa en Estados nacionales, lo que también determina que los derechos de ese trabajador desplazado, «extranjero» aun cuando sea comunitario, deban también considerarse desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales.

Esto es, para una adecuada consideración de los derechos retributivos de los trabajadores desplazados en el seno de la Unión Europea, necesariamente ha de considerarse desde una triple perspectiva, a saber: a) El tratamiento que el Derecho nacional correspondiente (español) depara a los extranjeros (trabajadores); b) La normativa comunitaria, originaria y derivada, referente al derecho fundamental a la libre prestación de servicios; c) El Derecho comunitario relativo al desplazamiento de trabajadores, y la adaptación al mismo del Derecho nacional correspondiente (español).

## II. LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EXTRANJERO-COMUNITARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La referencia a los derechos de los trabajadores comunitarios, nacionales de otro Estado miembro, implica un elemento de extranjería, que no se contradice ni impide la plena operatividad de la ciudadanía de la Unión que, enunciada en el artículo 17 CE, incluye en particular (*ex art.* 18 CE) el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

<sup>5</sup> La doctrina sobre igualdad en la Ley, «que puede considerarse resumida en el fundamento jurídico 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró que el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (SSTC 125/2003, de 19 de junio, y 330/2005, de 15 de diciembre). En materia retributiva se puede resumir en el principio «un mismo trabajo o un trabajo de igual valor debe ser retribuido de la misma manera» (STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-320/00). Aquel principio «constituye una expresión específica del principio general de igualdad que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad.» (SSTJCE de 8 de abril de 1976, Defrenne II, asunto 43/75 y de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, asunto C-381/99).

<sup>6</sup> «La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros» (SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, asunto C-184/99, de 15 de marzo de 2005, Bidar, asunto C-209/03, de 7 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, asunto C-50/06, y 11 de septiembre de 2007, Herbert Schwarz, asunto C-76/05).

Ciertamente la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones internas que no tienen ninguna conexión con el Derecho comunitario <sup>7</sup>, pero sí debe tomarse en consideración cuando de desplazamiento de trabajadores se trata, produciéndose la interferencia «ciudadanía comunitaria-extranjería».

Semejante circunstancia de interrelación o interferencia conduce a que el elemento de extranjería, en relación con los «ciudadanos europeos-nacionales de otro Estado miembro» deba considerarse únicamente al plano constitucional, que es tanto como decir de «derechos humanos», no siendo trasladable ni referible al plano de la legalidad ordinaria. Lo que a su vez lleva a efectuar una referencia a los principales instrumentos internacionales y especialmente a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### 1. Amparo constitucional y derechos fundamentales del «ciudadano europeo-extranjero».

Ha de partirse que según la jurisprudencia constitucional «nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España debe deducirse de los preceptos que integran el título I, interpretados sistemáticamente»<sup>8</sup>. Precisándose que «para su determinación» concreta debe acudir:

- a) «En primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado»<sup>9</sup>;
- b) «En segundo lugar, a la regla contenida en el artículo 13 CE» que «se refiere a los derechos y libertades del título I, consagrando un estatuto constitucional de los extranjeros en España».

Aquel precepto constitucional (art. 13 CE) «se refiere a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquellos puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas», advierte la misma jurisprudencia constitucional.

Tales derechos «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles»<sup>10</sup> puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables (a los españoles)»<sup>11</sup>. Son los derechos que «pertenecen a la persona en cuan-

<sup>7</sup> SSTJCE de 5 de junio de 1997, Uecker y Jacquet, asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96; de 2 de octubre de 2003, García Avello, asunto C-148/02, y de 12 de julio de 2005, Schempp, asunto C-403/03.

<sup>8</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre. Doctrina reiterada en las SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007 todas ellas de 20 de diciembre.

<sup>9</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre.

<sup>10</sup> Véase nota anterior.

<sup>11</sup> STC 95/2000, de 10 de abril.

to tal (...), o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español»<sup>12</sup>. Esto es, se trata de derechos «inherentes a la dignidad de la persona humana»<sup>13</sup>.

Entre aquellos derechos (que «no constituyen una lista cerrada y exhaustiva») se encuentra «el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>14</sup>.

Semejante posición de la jurisprudencia constitucional viene determinada porque «la dignidad de la persona, como fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE)», obliga a «reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador».

Insistiéndose por la misma jurisprudencia constitucional en que «la garantía de la dignidad humana, (...) proyectada sobre los derechos individuales, (...) implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona»<sup>15</sup>, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar»<sup>16</sup>. Consecuentemente, prosigue la doctrina constitucional:

- Por una parte «la Constitución Española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal»<sup>17</sup>.
- Por otra parte «el legislador al que remite el artículo 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I».

<sup>12</sup> SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre.

<sup>13</sup> STC 91/2000, de 30 de marzo. «En su dimensión más elemental, la dignidad humana implica reconocer a cada individuo el mismo valor. La vida de cada uno es valiosa por el mero hecho de ser humana, y ninguna vida es más valiosa o menos valiosa que cualquier otra. Tal como recientemente ha recordado Ronald Dworkin (*¿Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006), 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 este 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 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 (J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986). 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 auto-respeto" (J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986)», precisa el Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, en la conclusión 9, de su escrito presentado el 31 de enero de 2008, en el asunto C-303/06.

<sup>14</sup> STC 137/2000, de 29 de mayo; MOSTERÍN J., *La cultura de la libertad*, Editorial Espasa Calpe S.A, Madrid, 2008, págs. 35-37, alude a la justicia como imparcialidad que «implica juego limpio, reglas de juego bien definidas e iguales para todos, sin privilegios ni discriminaciones», indicando que «el sentido de justicia tiene un componente congénito y de origen evolutivo».

<sup>15</sup> SSTC 53/1985, de 11 de abril y 91/2000, de 30 de marzo.

<sup>16</sup> SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 57/1994, de 28 de febrero.

<sup>17</sup> SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, y 242/1994, de 20 de julio.

En el primer aspecto y para «identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución "proyecta universalmente", hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial<sup>18</sup>) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos».

Precisando el Tribunal Constitucional que en aquel proceso de determinación de tales derechos, revisten especial relevancia «la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales».

Aquella decisión del constituyente, señala el mismo Tribunal, «expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado»<sup>19</sup>.

En el segundo aspecto, se afirma que «la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular (ex art. 13 CE) los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 CE».

Si bien el 13 CE autoriza al legislador a establecer «restricciones y limitaciones» a todos los derechos incluidos en el título I de la constitución, por mor de la extranjería, sin embargo:

- «Esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español», ni «adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho (correspondiente) por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España»<sup>20</sup>.
- Ni la imposición de «restricciones y limitaciones» a tales derechos es posible ni predicable respecto de «ciudadanos comunitarios-extranjeros».

Adicionalmente, y en todo caso, ha de considerarse que además la libertad del legislador «se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España solo serán constitucionalmente válidas si, respetando

<sup>18</sup> SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991, de 29 de octubre.

<sup>19</sup> STC 91/2000, de 30 de marzo.

<sup>20</sup> STC 242/1994, de 20 de julio.

su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida»<sup>21</sup>.

Lo expuesto no resulta alterado ni enturbiado, sino complementado con la afirmación de la jurisprudencia constitucional de que «el legislador está facultado *ex* artículo 13.1 CE para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros, teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles, como ha hecho la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en relación con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (añadiendo un nuevo apartado al art. 1 de la LO 4/2000)»<sup>22</sup>.

## 2. La vinculación derivada de los tratados internacionales ratificados por España.

Establecida la utilidad de los textos internacionales ratificados por España «para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE»<sup>23</sup>, sin embargo, según la jurisprudencia constitucional, no por ello se convierten «en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales».

Si así fuera, continúa afirmando aquella jurisprudencia, «sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas».

Por el contrario, precisa la misma jurisprudencia, «realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos (que afectan a derechos fundamentales) debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades (susceptibles de protección constitucional), siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos (fundamentales)»<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre. Concluyendo la misma jurisprudencia constitucional que el artículo 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros (incluidos los comunitarios) en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta: a) «En primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana»; b) «En segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución»; c) «En tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales»; d) «Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

<sup>22</sup> Repárese en la dudosa constitucionalidad del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, así como de las Instrucciones de 27 de marzo de 2007.

<sup>23</sup> SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 84/1989, de 10 de mayo.

<sup>24</sup> STC 64/1991, de 22 de marzo.

La vinculación del legislador al artículo 10.2 CE y su posible control a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, no supone que un precepto legal pueda infringir autónomamente el artículo 10.2 CE, pues aquella norma «se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro»<sup>25</sup>.

Esto es, «no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución».

Por ello, continúa la misma jurisprudencia constitucional afirmando lo siguiente, «es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso»<sup>26</sup>.

Al extremo que, según aquella jurisprudencia, si bien las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), «sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional»<sup>27</sup>.

Resultando, a la postre, del tenor de aquella jurisprudencia constitucional, que todos los poderes públicos están obligados «a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, que se convierte así en el "contenido constitucionalmente declarado" de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución».

### **3. Los derechos de los trabajadores desplazados según la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**

Aquella Carta de Derechos Fundamentales no puede considerarse, al menos respecto de los ciudadanos europeos, un instrumento internacional más. Efectivamente, Europa es sobre todo un

<sup>25</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero.

<sup>26</sup> Véase nota anterior.

<sup>27</sup> STC 28/1991, de 14 de febrero.

«patrimonio espiritual y moral», por ello «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho», consecuentemente «al instituir(se) la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, (se) sitúa a la persona en el centro de su actuación».

La Unión defiende y fomenta estos valores comunes dentro del respeto a la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, y mediante la Carta referida refuerza «la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos».

Aquella Carta «reafirma» los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ese contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros están obligados a aplicar e interpretar la Carta autónomamente, es decir, sin interferencias de las Constituciones ni de los Derechos de los Estados miembros.

Baste aquí con efectuar una referencia a los principales derechos fundamentales proclamados (no solo retóricamente) en la susodicha Carta. En la misma se afirma que «la dignidad humana es inviolable» y que «será respetada y protegida» (art. 1). Se afirma también que «toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada», que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro» y que «los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión» (art. 15).

Se establece «la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (art. 16) y que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos», que «nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida», así como que «el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general».

La igualdad ante la ley tiene un rotundo reconocimiento, pues «todas las personas son iguales ante la ley», «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual» y se «prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad» (bien que en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares).

Se establece también, en fin, que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su (...) dignidad» y sin salario suficiente se conculca groseramente esa dignidad de la persona, en tanto en cuanto persona como persona-trabajador.

### III. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE TRABAJADORES EN EL DERECHO ORIGINARIO EUROPEO

Referirse a la libre prestación de servicios, en el seno de la Unión Europea, implica no efectuar discriminación alguna por razón de nacionalidad. No obstante, aquel principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en el seno de la Unión Europea, establecido en el artículo 12 CE <sup>28</sup>, se aplica de manera independiente solo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación <sup>29</sup>.

Efectivamente, el artículo 12 CE está destinado a aplicarse de manera independiente únicamente cuando no existan normas de Derecho comunitario que específicamente prohíban la discriminación, y estableciendo el Tratado en su artículo 49 CE tal norma específica para la libre prestación de servicios <sup>30</sup>, al mismo ha de referirse cualquier cuestión sobre la 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.

Además al tratarse del desplazamiento de trabajadores, ha de traerse a colación, por más que no lo haga la sentencia objeto de comentario, la regulación, en el Derecho originario comunitario,

<sup>28</sup> 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 CE, párrafo primero, prohíbe en el ámbito de aplicación del Tratado toda discriminación por razón de la nacionalidad» (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 naciones 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» (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» (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 (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).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

relativa a la libre circulación de personas y de trabajadores, e incluso deben considerarse implicadas las 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»<sup>31</sup>.

## 1. La libre prestación de servicios.

Indica el artículo 49 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». 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 exige que además de eliminarse toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, se suprima cualquier otra restricción<sup>32</sup>, 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 análogos<sup>33</sup>. Por ello el artículo el 49 CE:

- a) Se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros<sup>34</sup>.
- b) 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<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, Mobistar 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.

<sup>34</sup> STJCE de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, asunto C-76/05.

<sup>35</sup> 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.

Conforme al artículo 49 CE, el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa (frente al Estado y otros 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 <sup>36</sup>.

Preciso es destacar, se afirma <sup>37</sup>, que el Tratado no resuelve expresamente la cuestión del efecto horizontal «directo e indirecto» de la libre prestación de servicios (art. 49 CE), pero sí que lo hace indirectamente bastando para ello «considerar el lugar y la función que estas disposiciones tienen en la economía del Tratado» <sup>38</sup>.

Al respecto se indica <sup>39</sup> que las disposiciones sobre libre circulación forman parte de un conjunto (formado, por aquellas libertades y las relativas a la defensa de la competencia) coherente de normas cuya finalidad, que se describe en el artículo 3 CE, es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia, «fundamentalmente, confiriendo derechos a los operadores del mercado».

Aquellas normas, «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 <sup>40</sup>, «no resulta sorprendente que el Tratado confiera a los operadores del mercado derechos 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».

Lo que se acaba de indicar, se precisa, «no hace válido el argumento a contrario de que el Tratado excluye el efecto horizontal de las disposiciones sobre libre circulación». El «efecto horizontal

<sup>36</sup> STJCE 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia, asunto C-381/93.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Véase nota anterior.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Precisa el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 34, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

(directo o indirecto <sup>41</sup>) 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» <sup>42</sup>, resultando de todo ello lo siguiente:

- 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» <sup>43</sup>.
- 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» <sup>44</sup>.
- 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» <sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Como indica el Abogado General Sr. Poiares 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, ilustrando 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 la 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».

<sup>42</sup> Concreta el Abogado General Sr. Poiares 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 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 pueden poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre libre circulación. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que 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».

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Precisa 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.

<sup>45</sup> Concluye 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, y según el cual «el Tribunal de Justicia lo ha reconocido en la sentencia Angonese, cuando aplicó el artículo 39 CE a un banco privado de Bolzano».

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»<sup>46</sup>.

- 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»<sup>47</sup>.

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 exactamente a los mismos estándares.

Efectivamente, las autoridades estatales pueden aplicar distintos baremos en su análisis de cualquier obstrucción a las libertades de circulación, dependiendo 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 definitiva, los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden»<sup>48</sup>.

Por todo ello «incluso en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados».

Pudiéndose concluir que «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario»<sup>49</sup>, 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»<sup>50</sup>.

Aquella aplicabilidad de los Derechos nacionales de los Estados miembros en cuestiones en que esté implicada la libre prestación de servicios, así como el grado de libertad de que gozan los

<sup>46</sup> Añade el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 47, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>47</sup> Determina el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 50, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>48</sup> Destaca el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>49</sup> Indica el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>50</sup> Señala el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

Estados miembros para regular las relaciones *inter privados*, tiene consecuencias o implicaciones incluso procesales<sup>51</sup>, en las que, no obstante, no es preciso detenerse, bastando con dejarlo indicado.

La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo<sup>52</sup>.

El artículo 49 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<sup>53</sup>, determina:

- Que solo pueda limitarse la libre prestación de servicios mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general.
- Que esas normas se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés (general) no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido<sup>54</sup>.

## 2. La libre circulación de personas (trabajadores).

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas tiene por objeto

<sup>51</sup> Siguiendo las indicaciones del Abogado General Sr. Poirares Maduro, en las conclusiones 52 y 53, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, que son las siguientes: 1) «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»; 2) «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»; 3) «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»; 4) «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»; 5) «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».

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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, Portuguesa Construções, asunto C-164/99 y de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo, asunto C-445/03.

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 miembro <sup>55</sup>.

Para que una medida restrinja la 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 nacionales <sup>56</sup>. Basta con que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro en cuestión <sup>57</sup>.

Bien que las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución 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 <sup>58</sup>.

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 <sup>59</sup>.

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 <sup>60</sup>.

En consecuencia, el Derecho comunitario 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 las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado <sup>61</sup>. Por ello <sup>62</sup>:

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> SSTJCE de 8 de diciembre de 1987, Gauchard, asunto 20/87, y de 26 de enero de 1999, Terhoeve, asunto C-18/95.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> SSTJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93, y de 26 de enero de 1999, Terhoeve, asunto C-18/95.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> *Vid.* STJCE de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand, asunto C-212/06.

- a) 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 persiguen <sup>63</sup>.
- b) 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 comunitario <sup>64</sup>.

#### IV. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL DERECHO DERIVADO COMUNITARIO Y OTRAS NORMAS INTERNACIONALES

La libre prestación de servicios y el desplazamiento de trabajadores no son coimplicantes (así «la libre prestación de servicios incluye la libertad de los destinatarios de los servicios de desplazarse a otro Estado miembro, en el que se encuentra el prestador para obtener sus servicios») <sup>65</sup>, pero mantienen una estrecha correlación <sup>66</sup>. Efectivamente la ejecución de la libertad de prestación de servicios por un empresario ordinariamente implicará la ejecución de tareas por los trabajadores, por cuenta del empresario y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios en otro Estado miembro, o bien el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa en otro Estado miembro y en el marco de un contrato público o privado. Consecuentemente:

- a) Una medida incompatible con la Directiva 96/71/CE será *a fortiori* contraria al artículo 49 CE, puesto que esa Directiva tiene por objeto ejecutar, en su ámbito de aplicación específico, el contenido de dicho artículo 49 CE <sup>67</sup>.
- b) Reconocer que una medida es conforme con la Directiva 96/71 no significa necesariamente que responda a las exigencias del artículo 49 CE.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> SSTJCE de 21 de enero de 1984, Luisi y Carbone, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, de 11 de septiembre de 2007, Herbert Schwarz, asunto C-76/05, y de 23 de octubre de 2007, Rhiannon Morgan y otros, asuntos acumulados C-11/06 y 12/06.

<sup>66</sup> *Vid.* STJCE de 18 de julio de 2006, David Meca Medina e Igor Majcen, asunto C-519/04 P.

<sup>67</sup> STJCE de 14 de abril de 2005, Comisión/Alemania, asunto C-490/04.

Aunque 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 el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE, el reconocimiento de dicha facultad debe, no obstante, ejercerse respetando la libre prestación de servicios garantizada en el artículo 49 CE <sup>68</sup>.

## 1. El desplazamiento de trabajadores según la Directiva 96/71/CE y el Convenio de Roma (I) sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Ha de comenzarse por reparar en las razones por las que la Unión Europea adoptó la Directiva 96/71/CE. Punto en que debe precisarse que el legislador comunitario la adoptó «con el objetivo, como se desprende de su sexto considerando, de establecer, en interés de los empresarios y los miembros de su personal, las condiciones de trabajo y empleo aplicables a la relación de trabajo cuando una empresa establecida en un Estado miembro determinado desplace trabajadores al territorio de otro Estado miembro, con carácter temporal, en el marco de una prestación de servicios» <sup>69</sup>.

La aprobación de aquella norma jurídica en el ámbito comunitario obedeció a concretas razones, que sin duda deben de ponderarse para poder ubicar jurídica, social y políticamente su contenido. Aquella norma se produjo, con arreglo a la letra c) del artículo 3 del Tratado, con fundamento en las siguientes circunstancias:

- a) Porque 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.
- b) Porque toda restricción en razón de la nacionalidad o la residencia estaba prohibida en el ámbito comunitario.
- c) Porque la realización del mercado interior no solo ofrecía un entorno dinámico para la prestación transnacional de servicios (que requería un clima de competencia leal) sino 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.

La libre prestación de servicios por las empresas conllevó la transnacionalización de las relaciones de trabajo, lo cual planteó de inmediato problemas sobre el Derecho aplicable a la prestación y a los contratos de trabajo de los desplazados. Extremo en el que conviene precisar que el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, «sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales» (Roma I), en su artículo 3, establece, como norma general, la libertad de elección de la ley por las partes

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2005, asunto C-341/05.

contratantes (empresario y trabajador), 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. 6.1).

Únicamente, a falta de la precitada elección, indica el Convenio de Roma, en su artículo 6.2, que el contrato se registrará:

- 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.
- Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de ese otro país.

Posibilitándose, según el precitado Convenio la aplicación de los «convenios colectivos» correspondientes a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena (incluso de carácter temporal), vigente en el territorio de un Estado miembro, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro.

Todo ello, añade el tratado internacional antes citado, sin perjuicio de que surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador, si bien las normas 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.

No obstante la debida aplicación del tratado de Roma (I), resulta que también el Derecho comunitario interfiere en la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, al establecer que el empresario que lleva a efecto la libre prestación de servicios (proveedor de servicios) debe observar un «núcleo duro» de disposiciones de protección, claramente definidas en la Directiva 96/71/CE, independientemente de la duración del desplazamiento del trabajador.

Efectivamente, como se indica en aquella norma comunitaria<sup>70</sup>, las legislaciones de los Estados miembros han de ordenarse a fin de establecer un «núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima» que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios.

Impone aquella Directiva 96/71/CE [art. 3.1 c)] a los Estados miembros velar «por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, los empresarios que desplacen trabajadores garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo

<sup>70</sup> La número 13.

relativas a (entre otras) las «cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias» que, vigentes en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general <sup>71</sup>.

Bien que se haya considerado conveniente introducir «cierta flexibilidad en la aplicación de las disposiciones relativas a las cuantías de salario mínimo» <sup>72</sup>, admitiendo que los Estados miembros establezcan determinadas excepciones (desarrolladas en los apartados 3 y 4 del art. 3). Respecto del tratamiento igual y sin discriminación alguna, debido a los trabajadores desplazados, establece la Directiva 2006/123/CE, lo siguiente:

«Se entenderá que existe igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar:

- Estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos, por lo que se refiere a las materias (que componen el "núcleo duro" de aquella norma, entre ellas los "salarios mínimos").
- Puedan serles exigidas dichas obligaciones con los mismos efectos.»

Formulación legal que puede hacerse como oración reflexiva indicando que se entenderá que existe igualdad de trato cuando las empresas que desplacen trabajadores a otro Estado miembro, se sometan (por imperativo legal), en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas nacionales que se encuentren en situación similar, por lo que se refiere a las materias que componen el «núcleo duro» de la directiva 96/71/CE, entre ellas los «salarios mínimos», y puedan serles exigidas dichas obligaciones con los mismos efectos.

La aplicación y determinación de los derechos y obligaciones de naturaleza retributivas que hubieran sido establecidos legalmente o en convenios colectivos, según la Directiva 96/71, es la siguiente <sup>73</sup>:

<sup>71</sup> Según el artículo 3.8: «Por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderán aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos». Únicamente «a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en los convenios colectivos o laudos arbitrales que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y 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 garantice igualdad de trato entre dichas empresas y las demás empresas se hallen en una situación similar).

<sup>72</sup> Considerando 16.

<sup>73</sup> Siguiendo las indicaciones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 18, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05.

- La Directiva 96/71 no se opone a que las condiciones retributivas previstas en la legislación de un Estado miembro o determinadas mediante convenio colectivo aplicable (de hecho o de derecho) y que obliguen a las empresas nacionales, se haga o pretenda hacerse extensiva frente a un prestador de servicios extranjero, que desplaza temporalmente trabajadores, (incluso mediante el ejercicio del derecho reconocido a las organizaciones de trabajadores de adoptar medidas de conflicto colectivo<sup>74</sup>) aun cuando dicho prestador está ya vinculado por un convenio colectivo celebrado en el Estado miembro de su establecimiento.
- Para que las condiciones salariales, no referidas al salario mínimo u horas extraordinarias, previstas por un convenio colectivo aplicable, de derecho o de hecho, a las empresas nacionales, puedan imponerse a un prestador de servicios extranjero (mediante, en su caso, el

<sup>74</sup> Sobre la licitud de las medidas de conflicto colectivo en el ámbito comunitario me remito a mi trabajo *op. cit.* (*Libertades Fundamentales (Libre Prestación de Servicios y Libertad de Establecimiento) y Medidas de Conflicto Colectivo*). «La comunidad no solo tiene una finalidad económica sino también social. (Comentario a las SS de 11 de diciembre de 2007, asunto C-248/05, Internacional Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, y de 18 de diciembre de 2007, asunto 341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenske Byggnadsarbetareförbundets avdelning, Byggettan, Svenaka Elektrikerförbundet); Sobre la licitud de aquellas medidas, especialmente de la huelga, según el Derecho español, *vid.* artículo 28.2 CE, y SSTC 11/1981, de 8 de abril, 123/1992, de 28 de septiembre y 259/1007, de 20 de diciembre. Como recuerda esta última resolución de la justicia constitucional, el artículo 28.2 CE dispone: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Asimismo, en relación con este derecho, el artículo 8.1 d) del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966 reconoce el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país, y el artículo 6 de la Carta social europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga». La misma sentencia del Tribunal Constitucional, recuerda la doctrina en relación con el derecho de huelga, ha venido estableciendo, en los siguientes términos: a) «La huelga, que como hecho consiste en la cesación o paro en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho. Entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, como instrumento de presión constitucionalmente reconocido que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales»; b) «Como cualquier otro derecho, el de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a negar o menoscabar su contenido esencial. Este, en principio, consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente»; c) «La huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos»; d) «Este derecho presenta una directa relación en su ejercicio con el derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 CE ya que define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consisten el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales. La consecuencia de ello es que, si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, el mismo puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga, como contenido esencial del derecho a la libertad sindical».

ejercicio de medidas de conflicto colectivo) la Directiva 96/71/CE exige que tales condiciones retributivas constituyan disposiciones de orden público. 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 CE.

- 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 CE, las condiciones retributivas, distintas de las relativas al trabajo, previstas por un convenio colectivo aplicable, de derecho o de hecho, a las empresas nacionales y que pudiera pretenderse que suscribiese un prestador de servicios extranjero que desplazase temporalmente trabajadores.

Para una correcta aplicación de las condiciones retributivas pertinentes, según la Directiva 96/71/CE, la información adecuada y oportuna al empresario extranjero-comunitario resulta transcendente.

Ciertamente «una implementación y una ejecución adecuadas y eficaces (de las medidas contenidas en la Directiva 96/71/CE) son elementos decisivos para la protección de los derechos de los trabajadores desplazados, mientras que una mala ejecución debilita la eficacia de las disposiciones comunitarias aplicables en este ámbito», pero no por ello resulta menos importante procurar y difundir la información pertinente relativa a las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores desplazados <sup>75</sup>. Efectivamente:

«Facilitar información fácilmente accesible, exacta y actualizada a las empresas y a los trabajadores sobre los términos y las condiciones de empleo que se aplicarán a los trabajadores desplazados en el Estado miembro de acogida es una condición fundamental que contribuye a la prevención de la aparición de nuevos conflictos, de situaciones problemáticas y de abusos. Por tanto, (deben) adoptarse las medidas necesarias para facilitar a los trabajadores desplazados y a sus empleadores el acceso eficaz a esos datos.»

<sup>75</sup> Recomendación de la Comisión de 31 de marzo de 2008 relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, según la cual además, (7) «Una estrecha cooperación entre la Comisión y los Estados miembros es, pues fundamental, sin olvidar el importante papel de las inspecciones de trabajo y de los interlocutores sociales a este respecto (...) las diferentes culturas y estructuras administrativas, las distintas lenguas y la falta de claridad de los procedimientos establecidos, así como la falta de actores claramente identificados, son barreras significativas para una cooperación eficaz de trabajo entre los Estados miembros en este ámbito. La utilización de un sistema electrónico de información adecuado y eficaz, diseñado con el objetivo de facilitar una ayuda mutua y un intercambio de información entre los Estados miembros, es un instrumento muy eficaz para derribar varias de estas barreras y, por consiguiente, es fundamental para que los Estados miembros puedan cooperar estrechamente entre sí. Ese sistema debería permitir a las autoridades competentes y a los agentes implicados –por ejemplo, los interlocutores sociales– identificar fácilmente a los interlocutores pertinentes en otros Estados miembros y comunicar de forma eficaz. Además, debería contribuir a crear un clima de confianza mutua, que es fundamental para que la cooperación administrativa funcione eficazmente»; *Vid.* también las Comunicaciones de la Comisión de 4 de abril de 2006, sobre «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 13 de junio de 2007, titulada «Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios –sacar el mayor partido posible a sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores».

Bien entendido que semejante instrucción a empresarios y trabajadores, no excluye que sea necesaria «una acción urgente para remediar las deficiencias de implementación, aplicación y ejecución de la legislación aplicable a los trabajadores destacados, mediante un incremento de la cooperación administrativa entre los Estados miembros, la utilización de sistemas más efectivos de intercambio de información, la mejora del acceso a la información y la promoción del intercambio de información y de las mejores prácticas»<sup>76</sup>.

## 2. La libre prestación de servicios, según la Directiva 2006/123/CE.

La Unión Europea mediante la Directiva 2006/123/CE se propuso dos finalidades muy concretas, a saber:

- a) Eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros.
- b) Garantizar tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades (de establecimiento y de prestación de servicios) fundamentales comunitarias.

El establecimiento y regulación de la libre prestación de servicios mediante aquella Directiva 2006/123/CE completó el sistema de libertades de circulación ya operativas (de circulación de mercancías, capitales y personas, y de establecimiento), y necesarias para la realización del mercado común europeo.

Efectivamente, dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, era necesario y procedía permitir que el prestador desarrollase sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya fuera estableciéndose en un Estado miembro, ya fuera acogéndose 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.

Desde un primer momento se mostró como una cuestión relevante el procurar una delimitación clara y nítida de esta libertad de prestación de servicios respecto de la libertad de establecimiento. En este orden de cosas y según indica la Directiva 2006/23/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 principalmente del carácter temporal o permanente de la actividad de que se trate.

<sup>76</sup> Recomendación de la Comisión de 31 de marzo de 2008 relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Siendo procedente recordar, no obstante, que en lo referente a la distinción entre aquellas libertades (de establecimiento y prestación de servicios), el elemento diferenciador no se limita al criterio de la temporalidad ya citada, sino que asimismo ha de determinarse si el agente ya está o no establecido en el Estado miembro en que presta el servicio, de tal manera que si el empresario, que pretende acogerse a la libre prestación de servicios, ya estuviese establecido mediante cualquier establecimiento (secundario o sucursal) en ese Estado miembro, deben aplicarse las disposiciones referentes a la libertad de establecimiento y si, por el contrario, aquel empresario (agente) no está establecido en ese mismo Estado miembro en que presta sus servicios, sus actividades deben quedar cubiertas por las disposiciones alusivas a la libre prestación de servicios.

Además, el carácter temporal de las actividades de que se trate debe apreciarse no solo en función de la duración de la prestación, sino también de su frecuencia, periodicidad o continuidad. No obstante, 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 servicio (por ejemplo de una oficina) 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.

Según se establece en el artículo 9 de la Directiva 2006/123/CE, los Estados miembros solo pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios 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 restrictiva <sup>77</sup>.

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 determinados principios.

Como no podía ser de otra manera, en la enumeración de aquellos principios se reproducen, si no miméticamente sí sustancialmente, las condiciones que ha de reunir, en su caso, cualquier régimen de autorizaciones, antes expuesto. Así establece aquella norma comunitaria que los precitados principios han de cumplir con las exigencias de «no discriminación», «necesidad» y «proporcionalidad».

<sup>77</sup> Porque «un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz», se indica en la Directiva.

De tal modo que «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», «deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente», y «deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo».

Ciertamente la pertinencia de la Directiva 2006/123/CE no se produce en todo caso ni es absoluta, sino que se corresponde y es coherente con la idea misma del «mercado» (cualquiera que sea el criterio empleado para su definición), pues se aplica cuando las actividades de que se trate estén abiertas a la libre competencia, y se limita a establecer únicamente los requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no afectando ni pronunciándose sobre las condiciones de empleo y trabajo de quienes prestan materialmente esos servicios <sup>78</sup>.

Pero aquella exclusión de su ámbito de aplicación de las condiciones de empleo y trabajo de quienes eran desplazados para prestar sus servicios en otro Estado miembro, a las órdenes del empresario que ejercía el derecho a la libre prestación de servicios, no siempre fue ajena a su contenido. Muy al contrario en su propuesta inicial se detenía precisamente en esas materias, especialmente en las remuneratorias.

Efectivamente, es preciso recordar que en su primera propuesta, aquella Directiva (conocida como Directiva Bolkestein, también denominada «Directiva Frankenstein» <sup>79</sup>) proponía adoptar el denominado expresivamente:

<sup>78</sup> 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 artículo 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 afectarse 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 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».

<sup>79</sup> Fue un auténtico fenómeno socio-político como conocido como «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», *20minutos.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* del 13 de noviembre de 2006; BORREL FUENTES, J., «Quien 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.

«Principio del país de origen.»

A su tenor 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 empresario (prestador) establecido en otro Estado miembro. Principio que se acompañaba de excepciones generales, transitorias o para casos concretos <sup>80</sup>.

La pretendida imposición de aquel «principio del país de origen» provocó protestas populares y una reacción general contraria al mismo de enorme envergadura. Que acabó proyectándose en el rechazo a la Constitución Europea, en los referéndum (referendos o referendums) que para su ratificación fueron convocados por algunos Estados miembros.

<sup>80</sup> En su exposición de motivos, apartado 3, letra 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 varios otros Estados miembros 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 (presten) servicios en otros Estados miembros». También se establecía «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 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 los 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 conviene recordar que , por su trascendencia, que el artículo 16.1 establecía el «Principio del país de origen», y que su tenor sea el siguiente: «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».

La Directiva 2006/123/CE finalmente aprobada no contempló ya aquel «principio del país de origen», respetando además radicalmente el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También ha de resaltarse que 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.

La circunstancia indicada en el apartado anterior habrá de compaginarse con la posibilidad de que los Estados miembros impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados condiciones de trabajo y empleo por igual, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público o se trate de condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales (art. 3.10 de la Directiva 96/71).

## V. SALARIO DEL TRABAJADOR DESPLAZADO

La idea de «salario» está presidida por la reflexión de que «el trabajo productivo y por cuenta ajena, si es un trabajo libre, es al propio tiempo y de suyo un trabajo remunerado»<sup>81</sup>. Constituyendo una noción vinculada a la profesionalización y, naturalmente, a la condición de trabajador por cuenta ajena y libre, el derecho a la percepción de un salario.

De tal manera que «si el trabajo es, conjuntamente, productivo y por cuenta ajena, la atribución de los frutos a persona distinta del empresario forzosamente ha de estar acompañada por la entrega por la primera al segundo de medios de subsistencia sustitutivos de los frutos del trabajo»<sup>82</sup>.

«De ahí que cuente con una significación eminentemente laboral. La retribución constituye una obligación de prestación del empleador interdependiente, nacida de la realización efectiva del servicio por el trabajador. El salario, de esta suerte, viene a ser al mismo tiempo objeto y causa del contrato de trabajo»<sup>83</sup>.

En el ámbito de las nociones jurídico positivas concretas resulta que la noción de salario, frecuentemente se confunde con la de retribución, siendo así que, en puridad, esta última es notablemente más amplia.

<sup>81</sup> ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, CIVITAS, Madrid, 1994, pág. 57

<sup>82</sup> ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Introducción al Derecho del Trabajo*) pág. 56.

<sup>83</sup> LLOMPART BENNASSAR, M., *El Salario: Concepto, Estructura y Cuantía*, La Ley, Madrid 2007, pág. 196.

En el Derecho comunitario aquellas nociones no son unívocas pero sí son más o menos coincidentes <sup>84</sup>, a pesar de moverse en una horquilla relativamente amplia. Así «el concepto de retribución, en el sentido del artículo 119, párrafo segundo, del Tratado, comprende todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo» <sup>85</sup>.

Según el artículo 141 CE «se entiende por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo» <sup>86</sup>, sin que el hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación laboral excluya que puedan tener carácter de «retribución» con arreglo al mencionado precepto comunitario <sup>87</sup>.

En el ámbito concreto de la Directiva 96/71/CE, resulta que el segundo párrafo de este mismo apartado se limita a efectuar una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales, indicando que el «concepto» y las «cuantías de(l) salario mínimo» se definen «mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado» <sup>88</sup>.

Por lo que si bien, en el ámbito de la Directiva 96/71/CE, «no se puede afirmar que la materia de las retribuciones queda totalmente al margen del Derecho comunitario, es forzoso (...) reconocer que la determinación del importe o del nivel de las retribuciones no está aún regulada por ese ordenamiento» <sup>89</sup>. El artículo 3, apartado 1, párrafo último, de la Directiva 96/71/CE «es una muestra del carácter particular de la materia relativa a las cuantías de salario mínimo al disponer que la noción y cuantía de salario mínimo mencionada en la letra c) del párrafo primero se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado» <sup>90</sup>.

## 1. El salario en el Derecho español.

En nuestro sistema jurídico positivo «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» <sup>91</sup>, obedeciendo a determinados principios, que sucintamente expuestos, son los siguientes:

<sup>84</sup> Vid. SJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 23 de octubre de 2007.

<sup>85</sup> SSTJCE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, asunto C-167/97 y de 28 de octubre de 1999, asunto C-187/98.

<sup>86</sup> STJCE de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06.

<sup>87</sup> AATJCE de 6 de octubre de 1993, Ten Oever, asunto C-109/91 y de 28 de septiembre de 1994, Beune, asunto C-7/93.

<sup>88</sup> STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-341/02.

<sup>89</sup> RODIÈRE, P., *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J. (segunda edición), París, 2002, pág. 551.

<sup>90</sup> Conclusión 78 de las presentadas por el Abogado General Sr. Yves Bot, el 20 de septiembre de 2007, en el asunto C-346/06.

<sup>91</sup> LLOPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 192. Efectivamente según el artículo 26 LET: «Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los

- a) «Suficiencia» (arts. 35.1 CE y 53.1 ET).
- b) «No discriminación» [arts. 35.1 CE, 4.2 c), 17.1, 24.2 y 28 ET].
- c) «Percepción efectiva» [arts. 26.1, 27, 29, 32 y 33 ET].
- d) «Transparencia salarial» [arts. 26.5, 29.1 y 85.2 ET]<sup>92</sup>.

En todo caso conviene recordar «la naturaleza alimenticia que tienen los salarios, y la especial necesidad que puede presumirse en el trabajador»<sup>93</sup>, 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. 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), el principio de igualdad (art. 14 CE) o las vacaciones anuales retribuidas (art. 40.2 CE). Ello constituye un condicionante político-social a la función del salario, operando como elemento socializado de la retribución independiente del trabajo efectivamente rendido»<sup>94</sup>.

Está definido en el artículo 26.1 ET, que ofrece «un concepto aceptable, en términos generales, y mejora el anterior de la LCT 1944, aunque el adjetivo profesional, referido a la prestación de servicios, y tomado del Decreto 2380/73, no contribuya sino a confundir»<sup>95</sup>. Se trata de una «definición de un concepto jurídico relativo a un hecho institucional (*institutional facts*), con claro contenido normativo»<sup>96</sup>. Destacándose como notas sobresalientes de ese concepto las siguientes:

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% 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».

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> STSJ de Navarra de 9 de mayo de 2006.

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *Configuración Jurídica del Salario*, Comares, Granada 2001, pág. 188.

<sup>95</sup> DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (*Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*), págs. 969-970.

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *op. cit.*, pág. 95.

- «Que bajo salario se incluye la totalidad de las percepciones»<sup>97</sup>.
- «Que al trabajo efectivo se equiparan los "períodos de descanso computables como trabajo", equiparación que (el ET) mantiene en los términos de la legislación precedente»<sup>98</sup>.

Se trata de una definición «estipulativa y omnicomprensiva (...) 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»<sup>99</sup>, que, no obstante, puede y debe cuestionarse a la luz de la teoría de la «dualidad dimensional» del salario<sup>100</sup>.

La ordenación legal del salario, esto es, 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 «complemento»<sup>101</sup>. Pero el salario base no se confunde con el salario mínimo (interprofesional) salvo en el supuesto en que aquel fuera menos 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 el salario base constituya la percepción económica que es objeto de menos variaciones a lo largo de la relación laboral»<sup>102</sup>, y al que pueden atribuirse los siguientes caracteres, «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»<sup>103</sup>.

Junto a esa ordenación legal coexiste la ordenación convencional del salario<sup>104</sup>, en la que se modera la exigente «reciprocidad» legal, operando entre ambas regulaciones la relación jerárquica

<sup>97</sup> DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (*Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*), pág. 970.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *op. cit.*, pág. 95

<sup>100</sup> Una amplia referencia a esta teoría puede verse en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *op. cit.*, págs. 404 y ss.

<sup>101</sup> STSJ de Navarra de 27 de julio de 2007.

<sup>102</sup> LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 377.

<sup>103</sup> LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 379.

<sup>104</sup> *Vid.* MERCADER UGINA, J., *Modernas Tendencias en la Ordenación salarial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 38-44.

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»<sup>105</sup>.

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»<sup>106</sup>.

El resultado es que existe un concepto legal, general y uniforme, de salario<sup>107</sup>, adaptado convencionalmente, peculiar de cada convenio a considerar, que puede finalmente ser ajustado por vía contractual<sup>108</sup>. 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»<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *op. cit.*, págs. 102.

<sup>106</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, págs. 107-108.

<sup>107</sup> 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 lo 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».

<sup>108</sup> Vid. MERCADER UGINA, J., *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 62-89.

<sup>109</sup> STS de 31 de enero de 1995 y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de febrero de 2005.

Ciertamente la diferencia «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", es algo menos pleno, esto es, el salario ordinario estricto)»<sup>110</sup>.

## 2. El salario «mínimo» debido al trabajador desplazado.

Según en el artículo 3.º, 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 <sup>111</sup>.

Debe precisarse que no deben tenerse en cuenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.º, 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 calculadas sobre la base de un criterio distinto del horario ni son «salario mínimo» ni lo incrementan. Esto es, lo que debe tenerse en cuenta, en definitiva, es el importe bruto del salario <sup>112</sup>.

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 <sup>113</sup>.

La aplicación de la Directiva 96/71/CE debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, consistente en la protección de los trabajadores desplazados, pero no debe ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo <sup>114</sup>, y esa Directiva «se aplica, en particular, a una

<sup>110</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 16 de octubre de 2007.

<sup>111</sup> STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-341/02.

<sup>112</sup> Véase nota anterior.

<sup>113</sup> SSTJCE de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenne & Giral, asuntos acumulados 62/81 y 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.

<sup>114</sup> SSTJCE 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 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller, asunto C60/03 y de STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-341/02.

situación en que una empresa establecida en un Estado miembro desplaza, por su cuenta y bajo su dirección, al territorio de otro Estado miembro, en el marco de una prestación de servicios transnacional, a trabajadores en méritos de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en otro Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre dicha empresa y el trabajador durante el período de desplazamiento» [art. 1, apartado 3, letra a)].

En virtud del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, guiones primero y segundo, de la Directiva 96/71/CE, «deben garantizarse a los trabajadores desplazados», en relación con las prestaciones de servicios transnacionales, «las condiciones de trabajo y de empleo relativas a las materias a que se refieren la letras a) a g) de dicha disposición, entre las que figuran, en la letra c), las cuantías de salario mínimo».

Condiciones de trabajo y de empleo que, como indica la sentencia objeto de comentario, «se establecen mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o mediante convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general», los que según el apartado 8, párrafo primero, del precitado artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, son aquellos que deben respetar todas las empresas pertenecientes al sector o a la profesión de que se trate correspondientes a su ámbito de aplicación territorial.

### 3. Salario «mínimo» interprofesional y salario «mínimo» convencional.

Mediante la expresión «salario mínimo» se alude tanto el salario mínimo interprofesional, como al salario base (profesional), cuestión que debe dilucidarse a fin de poder determinar, con exactitud e inequívocamente, a cual de los dos salarios «mínimos» se refiere la Directiva 96/71/CE.

El salario «mínimo» interprofesional (SMI), 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 SMI 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»<sup>115</sup>. Junto al SMI 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»<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, pág. 526.

<sup>116</sup> 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».

La referencia de la norma comunitaria a las horas extraordinarias, aboga por separarse del SMI 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 la «horas extraordinarias», con los síntomas de excepcionalidad, intercede 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 citada en su 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 los salarios y retribuciones, ni por supuesto, respecto de la noción ni la cuantía del salario «mínimo», materias en las cuales no existe aún ninguna medida comunitaria de unificación ni de armonización <sup>117</sup>.

En el caso objeto de atención por la sentencia que se comenta, la peculiaridad del sistema de convenios colectivos alemán determinó un tratamiento específico a la cuestión del «salario mínimo» a satisfacer a los trabajadores desplazados, exigido por la Directiva 96/71/CE.

Efectivamente, la norma alemana (AEntG) cuyo objetivo fue adaptar su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71/CE extiende la aplicación de las disposiciones relativas a los salarios mínimos de los convenios colectivos «que se declaren de aplicación general» en Alemania; a los empresarios establecidos en otro Estado miembro que desplacen a sus trabajadores a ese Estado miembro.

El convenio colectivo, cuya aplicación se cuestionaba en el caso objeto de atención en el litigio principal origen de la sentencia que se comenta, no era un convenio declarado de aplicación general en el sentido antes indicado; no encontrándose tampoco en el supuesto del artículo 3.8 de la Directiva 96/71/CE (un convenio con efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes a su ámbito de aplicación territorial) <sup>118</sup>; y no pudiendo considerarse que la cuantía de salario establecida en aquel convenio era una condición de empleo y de trabajo más favorable para los trabajadores en el sentido del artículo 3, apartado 7, de la Directiva 96/71/CE, pues, como precisa la sentencia objeto de comentario:

- a) «Dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima.

<sup>117</sup> 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 objeto de consideración, C-346/06.

<sup>118</sup> Esto es, el efecto vinculante del convenio colectivo controvertido en el asunto principal solo se extendía a una parte del sector económico correspondiente (construcción) comprendido en su ámbito de aplicación territorial, pues por una parte, la normativa que le otorgaba tal efecto solo se aplicaba a una determinada contratación (los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados), y por otra parte dicho convenio colectivo no había sido declarado de aplicación general.

- b) «En relación con las materias a que se refiere su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71/CE prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio»<sup>119</sup>.

La cuantía del salario establecida en el convenio colectivo alemán que se cuestionaba excedía de la cuantía del salario mínimo aplicable en virtud de la AEntG, pues solo resultaba necesaria respecto de un trabajador que desarrollase su actividad en el sector de la construcción cuando este estuviese empleado en el marco de un contrato público de obras y no cuando trabajase en méritos de un contrato privado. De ahí que la resolución objeto de comentario considerase que la imposición de la obligación de satisfacer a los trabajadores desplazados la cuantía de los salarios establecida en aquel convenio, era contraria a la libertad fundamental de libre prestación de servicios.

Siendo así además aquella interpretación de la Directiva 96/71/CE era la procedente, cuando se efectúa su lectura a la luz del artículo 49 CE, «ya que el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado», afirma la sentencia objeto de comentario.

#### **4. El Salario «mínimo» a que tienen derecho los trabajadores comunitarios desplazados a nuestro país.**

La determinación del «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 requiere detenerse en una doble consideración. En primer lugar, en determinar cuál sea el salario «mínimo» al que se refiere la Directiva 96/71/CE, que como quedó indicado, en definitiva difiere semejante cuestión a los ordenamientos jurídicos nacionales correspondientes. En segundo lugar, en la que únicamente procederá entrar una vez dilucidada la anterior cuestión, acerca de cuál es la norma jurídica en que se fija el salario «mínimo» y si fuera en sede de convenio colectivo establecer qué tipo de convenio, a tenor de nuestro ordenamiento jurídico, se corresponde con el de «aplicación general» o «declarado de aplicación general», al que alude al precitada Directiva.

En relación con la cuestión enunciada en primer lugar, solamente han de efectuarse algunas precisiones, pues en buena medida ha sido resuelta en los apartados anteriores. Esas concreciones se refieren a que ha de repararse en que la existencia en nuestro sistema jurídico de un salario mínimo profesional no excluye la operatividad «mínima», valga la redundancia, o «vital», del SMI, de tal manera que no se trata de dos nociones salariales alternativas sino acumulativas<sup>120</sup>. 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.

<sup>119</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, asunto C-341/05.

<sup>120</sup> 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».

Si los trabajadores desplazados no pudieran considerarse incluidos en ninguno de los convenios colectivos pertinentes a tener en cuenta, parece que habrá de aplicarse el «acuerdo de cobertura de vacíos» concluido por los principales agentes sociales<sup>121</sup> y aprobado por Resolución de 13 de mayo de 1997, de la Dirección General de Trabajo (BOE de 9 de junio de 1997)<sup>122</sup>.

No obstante, pero únicamente para el caso excepcional en que aquel «acuerdo» colectivo no fuera aplicable, procederá tomar en consideración al SMI, que de esta manera asume la condición de «salario mínimo» de la Directiva 96/71/CE, la cual no por esta razón es bivalente o puede integrarse alternativamente con nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que hace a la cuestión referida en segundo lugar, ha de repararse en que el sistema de convenios colectivos alemán objeto de atención en la sentencia que se comenta es parcialmente diferente del sistema español. Efectivamente en nuestro sistema de convenios colectivos el convenio es una norma especial y propia del Derecho del Trabajo, el resultado de la «negociación colectiva».

En nuestro sistema el convenio colectivo puede definirse como «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), una o varias organizaciones representativas de los trabajadores interesados, cuyos representantes hayan sido debidamente elegidos y autorizados por estos últimos»<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> 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), y de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.3 en relación con el 90 ET.

<sup>122</sup> 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».

<sup>123</sup> Artículo 2.1 de la Recomendación núm. 91 OIT de 25 de junio de 1951, sobre Convenios Colectivos. El convenio colectivo también se denomina «contrato colectivo» en la Recomendación 91 OIT. La interpretación del artículo 37.1 CE, se ha mantenido en la línea del artículo 3.1 y 2 de la Recomendación núm. 91 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».

Pudiendo atribuirse a los convenios colectivos, conviene recordar y a pesar de ser tachada de construcción jurídica ya superada, una doble eficacia <sup>124</sup>, que nuestro ordenamiento mantiene «al referirse expresamente a las cláusulas normativas y obligacionales» <sup>125</sup>. Esto es:

- 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») <sup>126</sup>.
- 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 colectivo <sup>127</sup>, incorporándose al cuadro de fuentes del Derecho del Trabajo).

Ciertamente «existen 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 del mismo (que se han reconducido generalmente) las de configuración del convenio, pero 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» <sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Como indican las SSTC 58/1985 de 30 de abril de 1985 y 208/1993 de 28 de junio de 1993, y la 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 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.

<sup>125</sup> ROJAS MIÑO, I., *Eficacia Jurídica de los convenios colectivos*, Bancaixa, Vila-real 1998, pág. 59, que destaca, págs. 59-60, como mantiene aquella distinción «en tres momentos: prórroga de convenio colectivo, procedencia de sanciones administrativas ante el incumplimiento empresariales y extensión de convenios colectivos».

<sup>126</sup> SAN de 5 de febrero de 1998. *Vid.* ROJAS MIÑO I., *op. cit.*, págs. 66-68.

<sup>127</sup> SAN de 5 de febrero de 1998. *Vid.* ROJAS MIÑO I., *op. cit.*, págs. 63-66.

<sup>128</sup> Como indica ROJAS MIÑO I., *op. cit.*, págs. 60-63, también debe aludirse a «cláusulas de configuración del convenio y a cláusulas mixtas».

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»<sup>129</sup>.

Nuestra Constitución de 1978 (CE) garantiza tanto el derecho a la negociación colectiva, de los «representantes de los trabajadores y empresarios», bien que remitiendo su regulación específica a la ley, como la «eficacia vinculante» de los convenios colectivos (art. 37.1 CE «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios») <sup>130</sup>.

El derecho a la negociación colectiva está reconocido además de en el artículo 37.1 CE, en el artículo 28.2 CE, al formar parte del contenido esencial del derecho de los sindicatos a la propia actividad, dentro de la cual la negociación colectiva constituye, sin duda, el medio primordial de acción.

El sistema jurídico, complejo y exigente para la consecución de convenios colectivos con eficacia jurídica normativa <sup>131</sup> llevó a la necesidad de reconocer, habida cuenta de la generosa interpretación del artículo 37.1 CE y del contenido atribuido al artículo 28.1 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 ET, denominados por ello convenios colectivos «extraestatutarios» y «acuerdos de empresa» <sup>132</sup>.

Es constante jurisprudencia del TS y del TC según los cuales la negociación colectiva y los convenios colectivos regulados en el título III del ET no agotan la tipología de los convenios colectivos, sino que en el ámbito de tutela de la negociación colectiva caben otros pactos o convenios colectivos (extraestatutarios), cuya eficacia normativa, por más que sea discutible, no se reconoce <sup>133</sup> al menos con la amplitud que requiere la Directiva 96/71/CE <sup>134</sup>, bien que en concretos y excepcionales supuestos pudiese discutirse semejante afirmación.

<sup>129</sup> STC 58/1985, de 30 de abril de 1985.

<sup>130</sup> Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Los convenios Colectivos Irregulares*, Consejo Económico y Social, Madrid. 1998, págs. 29-54.

<sup>131</sup> Artículo 82.3 ET: «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».

<sup>132</sup> Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *op. cit.*, 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.

<sup>133</sup> Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *op. cit.*, págs. 57-67.

<sup>134</sup> 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».

Los convenios colectivos «estatutarios» tienen reconocida en el título III del ET plena eficacia jurídica normativa<sup>135</sup> como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios<sup>136</sup>, constituyendo la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva. Mediante aquellos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad e, igualmente, podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

Bien entendido que la capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone la voluntad unilateral del empleador, impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero solo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales»<sup>137</sup>.

Esto es, son normas<sup>138</sup> que se incardinan en el sistema de fuentes, conforme al rango que el propio ET establece en su artículo 3, que se aplican sin necesidad de su incorporación a los contratos

---

El TC ha considerado que la eficacia jurídica normativa del convenio se deriva directamente de la 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 aquéllos 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 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 de Derecho y garantía esencial del principio de seguridad jurídica» (STC 151/1994, de 23 de mayo 1994). Bien que en una posición más matizada la jurisprudencia constitucional haya afirmado que «el artículo 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendando 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.º 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 (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). En su doctrina legal considera aquel Alto Tribunal 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 estriba 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» (STS de 30 de marzo de 1999).

<sup>135</sup> STC 208/1993, de 28 de junio de 1993.

<sup>136</sup> Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *La estructura de la Negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

<sup>137</sup> STSJ de Galicia de 14 de marzo de 1998.

<sup>138</sup> STC 151/94, de 28 de mayo de 1994.

individuales de trabajo <sup>139</sup>, es decir, automáticamente [art. 3.1 c) y 5 ET]. Sujetas a un singular principio de registro, «con lo que no se condiciona su validez o eficacia a la supervisión que ejerza la Autoridad laboral y se admite por tanto que el Convenio es plenamente vinculante para las partes desde el momento de su firma y en tanto no se declare su ineficacia total o parcial por los órganos judiciales si es que es impugnado» <sup>140</sup>, y a un principio de publicidad muy matizado (art. 90 ET) sin otro efecto que el de publicidad de lo pactado para general conocimiento de terceros <sup>141</sup>.

Ciertamente la validez y eficacia de los convenios colectivos estatutarios no depende de su publicación en el Diario Oficial correspondiente <sup>142</sup>. Pero eso no significa que, a falta de tal publicidad pueda considerárseles dotados de «eficacia general», en el ámbito (territorial y/o profesional) correspondiente, que exige la Directiva 96/71/CE. Ha de considerarse que el convenio es plenamente vinculante para las partes desde el momento de su firma y en tanto no se declare su ineficacia total o parcial por los órganos judiciales si es que es impugnado <sup>143</sup> pero para que goce de plena legitimidad y eficacia general, es requisito imprescindible que la publicación antes aludida se lleva a efecto <sup>144</sup>.

Al «tratarse de fuentes no heterónomas, no procedentes de poderes públicos, sino de los propios sujetos y destinatarios de las normas, que negocian por medio de representantes legitimados (...) el requisito de publicidad puede tener importantes matizaciones; la publicidad es exigencia de la seguridad jurídica y tiende a facilitar el conocimiento de las normas por los obligados a cumplirlas; cuando procede de poderes públicos es lógico que se imponga como requisito esencial de validez la publicación en diario oficial, pues no hay otra forma de difusión al alcance de los interesados; sin embargo, los convenios colectivos pueden ser difundidos y conocidos, desde luego de forma inmediata y completa por las representaciones negociadoras de empresa y trabajadores y de igual forma por todos estos, sin necesidad de publicación oficial, cumpliéndose materialmente el requisito de publicidad y su finalidad» <sup>145</sup>. En los tiempos actuales de predominio de Internet, la telemática y la informática, aquella argumentación es fácilmente rebatible, sin que sea preciso aquí detenerse la contra-argumentación pertinente, lo que no impide concluir que a los efectos de la Directiva 96/71/CE parece que el tratamiento en torno a la exigencia de publicidad ha de asemejarse al de las normas heterónomas.

<sup>139</sup> STC 58/1985, de 30 de abril de 1985, y 177/1988 de 10 de octubre de 1988.

<sup>140</sup> STSJ de Extremadura de 21 de febrero de 2000.

<sup>141</sup> «Si bien la publicación del Convenio en el correspondiente Boletín Oficial no constituye un simple formalismo, sino trámite esencial para la obligatoriedad de la norma, ello ha de entenderse fundamentalmente en su efecto *ad extra*, o sea en el entendimiento de que el convenio colectivo, en su dimensión normativa, precisa de la divulgación legalmente prevista para su efectividad *erga omnes*, para lo que la ley prevé el sistema de la publicación. No obstante, y si bien este requisito *ad solemnitatem* resulta ineludible a los aludidos efectos de divulgación, tampoco debe concebirse como elemento ad sustancia en la relación interna entre las partes contratantes, si no se niega de todo convenio colectivo dicho fundamental y principal aspecto contractual», según indica la STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 1991).

<sup>142</sup> SSTS de 2 de noviembre de 1993, 2 de febrero de 1994 y 31 de marzo de 1995.

<sup>143</sup> STSJ de Cataluña de 14 de junio de 1993. «Sostener lo contrario haría de peor condición al convenio colectivo estatutario frente al extraestatutario no publicados, lo que es absurdo» (STSJ de Extremadura de 21 de febrero de 2000).

<sup>144</sup> STCT de 30 de mayo de 1989 y STSJ de Madrid de 29 de junio de 1995.

<sup>145</sup> STSJ de Andalucía de 23 de septiembre de 1996. En el mismo sentido la STSJ de Canarias de 21 de julio de 1998; Para los convenios colectivos irregulares *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *op. cit.*, págs. 108-113.

A los efectos que interesan, no es de menor importancia considerar que también «la publicidad tiene otra finalidad» consistente en el conocimiento de la norma por terceros, privados o públicos, como pueden serlo los empresarios que ejercen la libertad de prestación de servicios y desplazan trabajadores a nuestro país. Esa publicidad y publicación oficial, cumple a la finalidad informativa, tan propia de los tiempos de «democracia deliberativa», en los que ya estamos, como requerida por las instituciones comunitarias, especialmente por la Comisión de las Comunidades Europeas, al menos respecto de la aplicación del «núcleo duro» de normas laborales, referido en la Directiva 96/71/CE.

En definitiva, en nuestro sistema de relaciones laborales «el convenio colectivo crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y tiene eficacia normativa [art. 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»<sup>146</sup>.

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 y 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.

Considerando que en nuestro sistema el ámbito personal de aplicación de los convenios colectivos coincide con la unidad de negociación, de tal manera que:

- a) «Ni pueden contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación»<sup>147</sup>.
- b) «Ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación»<sup>148</sup>, que puede ampliarse mediante la «adhesión» y la «extensión» del convenio.

<sup>146</sup> STSJ de Navarra de 3 de julio de 2007.

<sup>147</sup> STS de 28 de octubre de 1996.

<sup>148</sup> Véase nota anterior.

Ha de concluirse que únicamente gozan de la «eficacia general» demandada por la Directiva 96/71/CE, los convenios de ámbito superior a la empresa <sup>149</sup>, debidamente publicados.

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), que también (bien que excepcionalmente) pueda resultar excluido el personal de «alto nivel» <sup>150</sup>, que 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 art. 9 CE*, por lo que las normas paccionadas son específicas para este personal), ni la existencia de cláusulas de descuelgue salarial <sup>151</sup>.

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 en que ninguna de aquellas normas pudiera aplicarse, procederá tener en cuenta el SMI.

## VI. CONCLUSIONES

La definitiva implantación de la libertad de prestación de servicios constituía una exigencia para concluir la construcción de un «mercado común» europeo. El desplazamiento de trabajadores a otro Estado miembro, ni es una consecuencia ineludiblemente vinculada al ejercicio de aquella libertad por los empresarios, ni es ajena al ejercicio de otras libertades de circulación o a la libertad de establecimiento, pero sí se ve extraordinariamente potenciada con su implantación definitiva.

La generalización o «normalización» de los desplazamientos de los trabajadores no es más que corolario del acabamiento constructivo del «mercado común». Es el resultado de una «regionalización», ensayo de la globalización que está en ciernes. Esa circunstancia le da a la sentencia que se comenta un valor inestimable, por cuanto conjuntamente con otras notables resoluciones de la justicia comunitaria, han sido capaces de ordenar y racionalizar una, dispersa, en cierta medida caótica y

<sup>149</sup> 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. *op. cit.*, especialmente págs. 224-320.

<sup>150</sup> SSTs de 16 de octubre de 1978 y 17 de febrero de 1983; SAN de 23 de abril de 1992.

<sup>151</sup> *Vid.* MERCADER UGINA, J., *op. cit.*, págs. 49-55.

oportunistamente legislación comunitaria, salvando unas, tan teóricas como supuestas, contradicciones internas de los sistemas de libre mercado, sobre las que el neoliberalismo global se ha empeñado en dogmatizar.

De nuevo la Justicia europea supera teóricas contradicciones, y en un ejercicio magnífico de racionalidad, no exento de ciertas dosis de pragmatismo e imaginación al propio tiempo, ha sido capaz de hacer compatibles «el sistema de libre mercado» y «el sistema de bienestar social». ¿Acaso no lo son? La jurisprudencia comunitaria que culmina la sentencia objeto de comentario da una respuesta afirmativa, y quizás algo más, que posiblemente son coimplicantes para la subsistencia de ambos sistemas.

Atendiendo al motivo del presente comentario, ha de añadirse a las anteriores conclusiones que el salario mínimo al que tiene derecho el «trabajador desplazado» a España, en el marco de una prestación profesional de servicios, 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 por aquel «trabajador desplazado» en nuestro país, interpretada en correcta hermenéutica jurídica la Directiva 96/71/CE. Excepcionalmente y solo para el supuesto de que no existiera o no pudiera determinarse el convenio colectivo aplicable se deberá aplicar el «acuerdo de cobertura de vacíos» (art. 12), y únicamente en el excepcional supuesto en que ninguna de aquellas normas pudiera aplicarse procederá aplicar el SMI.